



Universidad
Carlos III de Madrid
www.uc3m.es

TESIS DOCTORAL

LOS AJUSTES TRANSACCIONALES EN LA NORMATIVA SOBRE PRECIOS DE TRANSFERENCIA

Autor:

Aitor Navarro Ibarrola

Director:

Prof. Dr. Juan José Zornoza Pérez

DEPARTAMENTO DE DERECHO PÚBLICO DEL ESTADO

Getafe, marzo de dos mil dieciséis.

Si los hechos no encajan en la teoría, cambie los hechos.

- Albert Einstein.

Resumen

Este trabajo de tesis trata de responder a la pregunta sobre si la administración se encuentra habilitada a realizar ajustes transaccionales en el contexto de la normativa sobre precios de transferencia, esto es, si puede modificar las condiciones de operaciones vinculadas. El presente trabajo responde de manera afirmativa y llega a la conclusión de que esta figura es inherente al principio de plena competencia, si bien debe aplicarse con cautela y de acuerdo a una serie de límites. En tal sentido, el autor trata de demostrar que las pautas establecidas por la OCDE en la materia son incorrectas e inadecuadas y construye un modelo alternativo basado en dicho principio.

Abstract

The point of departure of this thesis is to ascertain whether and to what extent tax administrations can apply transactional adjustments for transfer pricing purposes, i.e. to modify the structure of controlled transactions. The main conclusion in this regard is that transactional adjustments are not only possible but also inherent to the arm's length principle, albeit stringent conditions in their enforcement regard this figure as exceptional. In that regard, the author first demonstrates that criteria endorsed by the OECD on the subject matter are incorrect and inadequate, and second, build an alternative model based on the aforementioned standard.

LOS AJUSTES TRANSACCIONALES EN LA NORMATIVA SOBRE PRECIOS DE TRANSFERENCIA.

INTRODUCCIÓN.....	5
PRIMERA PARTE. MARCO DE APLICACIÓN DE LOS AJUSTES TRANSACCIONALES.....	15
CAPÍTULO 1. EL CONCEPTO DE AJUSTE TRANSACCIONAL Y SU INSERCIÓN EN EL MARCO DEL PRINCIPIO DE PLENA COMPETENCIA. ...	15
1.1. Breve referencia al funcionamiento de la normativa sobre operaciones vinculadas.	16
1.1.1. Análisis de comparabilidad.	18
1.1.2. Comparabilidad. Clasificación de comparables.	20
1.1.3. Factores de comparabilidad.	21
1.1.4. Métodos de determinación de precios de transferencia.	22
1.1.4.1. Métodos tradicionales.	23
1.1.4.2. Métodos basados en el resultado.	27
1.1.4.3. Otros métodos.	31
1.1.5. Ajustes y aspectos temporales y formales.	32
1.2. La naturaleza y finalidad del principio de plena competencia.	35
1.2.1. El principio de plena competencia como mandato de optimización con un contenido mínimo.	36
1.2.2. Alcance pleno o limitado de la ficción del principio de plena competencia.	43
1.2.3. Efectos perniciosos del principio de plena competencia.	49
1.2.3.1. El principio de plena competencia puede causar distorsiones en el mercado.	49
1.2.3.2. La complejidad del principio de plena competencia genera un sistema de dos velocidades.	56
1.2.4. Finalidad del principio de plena competencia.	59
1.2.4.1. El principio de plena competencia no logra la igualdad de trato fiscal en operaciones entre partes independientes y partes vinculadas.	59
1.2.4.2. El principio de plena competencia y la elusión fiscal.	62
1.2.4.3. La finalidad del principio de plena competencia es el reparto de rentas.	65
1.3. Ajustes transaccionales. Concepto y clases.	67
1.3.1. Definición del concepto “ajustes transaccionales”.	67
1.3.2. Clases de ajustes transaccionales.	69
1.3.2.1. Magnitud: ajustes totales y parciales.	70
1.3.2.2. Notoriedad: ajustes explícitos e implícitos.	71
1.3.2.3. Predefinición: presunciones <i>iuris et de iure</i> y <i>iuris tantum</i>	76
1.4. historia y postura actual de la OCDE.	77
1.4.1. Origen histórico de los ajustes transaccionales.	79
1.4.1.1. Origen de los ajustes transaccionales a nivel interno. Estados Unidos.	79
1.4.1.2. Origen de los ajustes transaccionales a nivel internacional.	86
1.4.2. Postura actual de la OCDE al respecto de la realización de ajustes transaccionales.	89

CAPÍTULO 2. MARCO NORMATIVO DE LOS AJUSTES TRANSACCIONALES.....	97
2.1. El art.9.1 como precepto de restricción del derecho interno.	97
2.1.1. El art.9.1 implica restricción y no es aplicable de forma autónoma al derecho interno.	98
2.1.2. El art.9.1 no es un precepto de naturaleza habilitante.	102
2.1.3. El art.9.1 no es meramente enunciativo.....	102
2.1.4. El art.9.1 no restringe todos los ajustes que deriven del derecho interno.	105
2.1.5. El art.9.1 no sirve a los propósitos de calificación de la renta.	106
2.1.6. El art.9.1 restringe la realización de ajustes transaccionales contrarios al principio de plena competencia.	108
2.2. El derecho interno como base jurídica para la realización de ajustes transaccionales.....	111
2.2.1. Autorización en norma con rango de ley con desarrollo de los parámetros para llevar a cabo el ajuste en la propia ley (Australia).....	112
2.2.2. Autorización en norma con rango de ley con desarrollo de los parámetros para llevar a cabo el ajuste en regulaciones administrativas (Canadá).....	114
2.2.3. Autorización en norma con rango de disposición administrativa (Estados Unidos).	117
2.2.4. Autorización en norma con rango de ley sin parámetros sobre cómo llevar a cabo el ajuste (España, LIS).	119
2.2.5. Ausencia de autorización explícita para realizar ajustes transaccionales (España, TRLIS).	120
2.3. Las TPG como herramienta interpretativa.....	121
2.3.1. Valor del soft law en el proceso de interpretación de las normas tributarias.	123
2.3.1.1. La coherencia del <i>soft law</i> con su propia naturaleza.	124
2.3.1.2. El papel de las TPG en el proceso interpretativo de las normas.....	125
2.3.2. Traslación del modelo propuesto sobre el papel de las TPG en el ámbito de interpretación de normativa interna y convencional.....	130
2.3.2.1. Ámbito convencional. Art.9.1.	130
2.3.2.2. Ámbito interno. Normativa interna sobre precios de transferencia.	131
SEGUNDA PARTE. MODELO DE APLICACIÓN DE LOS AJUSTES TRANSACCIONALES.....	133
CAPÍTULO 3. DETERMINACIÓN DE LOS HECHOS Y CALIFICACIÓN COMO ETAPAS PREVIAS A LA REALIZACIÓN DE AJUSTES TRANSACCIONALES.	135
3.1 la determinación de los hechos no admite la realización de ajustes transaccionales.....	135
3.1.1. Factores de comparabilidad. La importancia de la correcta determinación de los hechos.....	139
3.1.1.1. Coincidencia de la conducta de las partes con los términos contractuales.	143
3.1.1.2. Contratos que no reflejan la totalidad de los elementos del negocio.	143
3.1.1.3. Contratos que reflejan erróneamente ciertos elementos del negocio.	147
3.1.1.4. Ausencia de contratos.	154

3.1.2 Los criterios extraños a la determinación de los hechos son incompatibles con el principio de plena competencia.	156
3.2. La compatibilidad del ajuste transaccional con la institución de la calificación y con medidas referidas a supuestos de recalificación.	161
3.3 relevancia de la distinción entre instrumentos para la determinación de los hechos y reglas para la calificación de las rentas.	166
CAPÍTULO 4. DEFINICIÓN DE LOS LÍMITES AL ALCANCE Y APLICACIÓN DE LOS AJUSTES TRANSACCIONALES.	175
4.1. La definición del ámbito de aplicación de los ajustes transaccionales.	176
4.1.1. Ámbito de aplicación en las TPG.	176
4.1.1.1. Primera circunstancia: sustancia sobre la forma.	176
4.1.1.2 Segunda circunstancia: racionalidad comercial y ausencia de comparables.	183
4.1.2. Propuesta para la definición del ámbito de aplicación: la imposibilidad de acometer el análisis de comparabilidad de manera adecuada.	187
4.1.2.1. La inexistencia de comparables como punto de partida.	188
4.1.2.2. El empleo de técnicas no convencionales para constatar la idoneidad de las condiciones de la operación.	200
4.2. Consecuencia jurídica: ajuste que suponga la mínima intervención posible.	211
4.2.1. Carencia de parámetros adecuados en las TPG.	211
4.2.2. La definición de la alternativa adecuada a partir de parámetros objetivos.	213
4.2.2.1. Ajuste de las condiciones que partes independientes no hubiesen acordado.	214
4.2.2.2. Alternativa más beneficiosa para el contribuyente.	224
4.3. Carga de la prueba.	228
CAPÍTULO 5. METODOLOGÍA PROPUESTA APLICADA A SUPUESTOS CONFLICTIVOS.	239
5.1. Metodología propuesta aplicada a la asignación de riesgos.	239
5.2. Metodología propuesta aplicada a la atribución de beneficios generados por activos intangibles.	248
5.2.1. El concepto de propiedad económica es contrario al principio de plena competencia.	251
5.2.2. La compensación de funciones y riesgos como medio adecuado para asignar los beneficios generados por un activo intangible.	256
5.3. Metodología propuesta aplicada a la transmisión de activos intangibles de difícil valoración.	263
5.3.1. Estados Unidos, Commensurate With Income standard.	264
5.3.2. Alemania, Preisanpassungsklauseln bei Funktionsverlagerungen.	271
5.3.3. OCDE, retrosección a partir del principio de plena competencia.	273
5.4. Reestructuraciones empresariales.	279
5.5 Acuerdos de reparto de costes.	291
CONCLUSIONS.	297
BIBLIOGRAFÍA.	313
ABREVIATURAS.	351

INTRODUCCIÓN.

En el ámbito de la imposición sobre los beneficios de las sociedades, el principio de plena competencia o *arm's length principle* determina la necesidad de modificar la valoración de operaciones efectuadas con entidades vinculadas, de tal forma que en la base imponible de la entidad bajo análisis se incluyan los beneficios que hubiese obtenido de no haber mediado tal relación. El ajuste se calcula comparando el precio o márgenes que ha obtenido la entidad con los que una parte independiente hubiese logrado en condiciones idénticas o muy similares, de forma que el análisis de las condiciones de la operación definirá el grado de identidad entre la operación original y el comparable de referencia.

Sobre esta base, que sintetiza la lógica de la normativa sobre precios de transferencia, también existe la posibilidad de modificar las condiciones de la operación, pues son determinantes a la hora de ajustar precio o márgenes; condiciones como por ejemplo la distribución de riesgos, la reasignación de la propiedad de un activo intangible o el desconocimiento de una operación de financiación. No obstante, esta práctica entraña por definición un elevado nivel de discrecionalidad por parte del quien realiza el ajuste, puesto que si se toma como referencia el acuerdo que partes independientes adoptarían, éstas podrían escoger múltiples formas de estructurar una operación. Dicho con otras palabras, la base de comparabilidad que supone exigir una identidad en la condiciones de la operación para sustentar un ajuste sobre el precio o márgenes no existe a la hora de modificar tales condiciones.

Cabe así preguntarse, ¿permite la normativa sobre precios de transferencia basada en el *arm's length principle* ajustar las condiciones de una operación –distintas del precio-acometida entre partes vinculadas?. Y si la respuesta es afirmativa ¿existen límites a ese ajuste?. Ambas preguntas definen el alcance y propósito del presente trabajo. Para que el lector comprenda desde un inicio la lógica argumental de su contenido, entendemos que resulta pertinente avanzar las respuestas a estas cuestiones. Nuestra tesis se basa en afirmar que sí es posible la realización de ajustes en las condiciones de la operación en el marco del *arm's length principle*. Más aún, trataremos de probar que esta figura, que denominaremos “ajuste transaccional” a partir de este momento –por incidir en los

elementos que conforman la transacción entre partes vinculadas- es fundamental para cumplir con el mandato que impone este principio. Ahora bien, la definición clara y precisa de límites tanto en su ámbito de aplicación como en el modo de concretar ese ajuste es esencial para reducir al máximo la discrecionalidad a la hora de su realización. A través del estudio de tales límites, definidos conforme al mandato de plena competencia, construiremos un modelo de aplicación de ajustes transaccionales, que podrá ser empleado como guía en la correcta aplicación de esta figura y para criticar su uso inapropiado en diversos ámbitos, que abarcan desde la elaboración de recomendaciones por parte de organismos internacionales hasta decisiones judiciales.

La pertinencia del objeto de estudio resulta patente dada la ausencia de criterios adecuados en la materia. A nivel internacional, las *Transfer Pricing Guidelines* de 2010 (TPG) –elaboradas por la OCDE- fijan ciertas pautas de aplicación, si bien caracterizadas por su ambigüedad y dispersión. Además, la realización de ajustes transaccionales ha sido uno de los problemas más controvertidos que se ha abordado en el proyecto BEPS, impulsado por la OCDE y el G-20 para establecer normas que atenúen la erosión de bases imponibles y el traslado de beneficios¹. Los resultados de estos trabajos han dado lugar a una redefinición completa de los criterios sobre los que sustentar la modificación de las condiciones de operaciones vinculadas en el ámbito de precios de transferencia, si bien no siempre de manera adecuada puesto que, en última instancia, el objetivo de este proyecto colisiona en muchos aspectos con la aplicación adecuada del *arm's length principle*. El lector podrá comprobar a lo largo de esta obra que los puntos de fricción son numerosos, una razón de peso más que sostiene la pertinencia de elaborar un trabajo que aborde este problema de manera sistemática.

A nivel interno, el tratamiento del problema resulta dispar y mientras ciertos Estados han hecho suyas las pautas fijadas en las TPG, en otros el problema se resuelve en sede judicial, mientras que en un tercer grupo ni siquiera se han planteado los problemas que los ajustes transaccionales entrañan. Por otra parte, la confusión de esta figura con otros expedientes, como son el ajuste secundario, las normas de subcapitalización, o la aplicación de normas generales antielusión, es otro indicador más de la necesidad de un

¹ Vid. *OECD 2013 Addressing Base Erosion and Profit Shifting. OECD 2013 Action Plan on Base Erosion and Profit Shifting*.

estudio sistemático en la materia que logre trazar contornos inequívocos, tanto en su ámbito de aplicación como en la consecuencia que preconiza.

El presente estudio se basa en la definición del alcance y efectos del ajuste transaccional a partir de la interpretación del principio de plena competencia y, por tanto, es una tesis *de lege lata*. Esto supone una ventaja en cuanto a su posible impacto, pues dicho criterio de asignación de rentas entre entidades vinculadas se encuentra muy extendido en derecho comparado y, en consecuencia, el modelo que proponemos resulta pertinente para responder a las preguntas planteadas en el marco de aplicación de cualquier normativa sobre precios de transferencia interna construida en torno a la noción del *arm's length principle*. La aplicación del modelo sólo se vería distorsionada en caso de que existan pautas normativas en contrario, cuya aplicación no esté supeditada al cumplimiento de este principio. Así, la propuesta no requiere *de lege ferenda* la adopción de normativa adicional que autorice la realización de ajustes transaccionales o la manera de acometerlos, si bien lo deseable es que tales pautas se positivicen para incrementar la certeza en su aplicación.

De este modo, el objeto de este trabajo es analizar la figura de los ajustes transaccionales desde un plano supraestatal, con el *arm's length principle* como principal referencia para la correcta definición de su contenido. Entendemos que este planteamiento es acertado porque, según tendremos ocasión de comprobar, el mandato de plena competencia supone un límite a la realización de ajustes tanto en derecho interno como en el ámbito de los CDI. Si una regla con rango infralegal no casa con su contenido deberá ser expulsada del Ordenamiento por contravenir una norma de rango legal y, por otro lado, si existen en el derecho interno reglas internas contrarias al principio de plena competencia, éstas no serán aplicables en situaciones transfronterizas en que un CDI con cláusula idéntica a la prevista en el art.9 MCOCDE, porque este precepto se erige como límite frente a la realización de ajustes de acuerdo con el derecho de los Estados contratantes, supeditando su aplicación al respeto del principio de plena competencia.

Con todo, el punto de partida del análisis consistirá en el estudio de las pautas propuestas en TPG, documento de gran calidad técnica cuyo propósito reside en la definición de pautas que los Estados pueden adoptar en su derecho interno y en servir

como referencia en interpretación de los límites al mismo de aquellos CDI que contengan una cláusula idéntica al art.9 CMCOCE. No obstante, podrá comprobar el lector que las TPG no definen un marco óptimo sobre el que asentar la realización de ajustes transaccionales, de ahí la pertinencia de la propuesta de un modelo alternativo basado en el principio de plena competencia. Al efecto de ejemplificar su aplicación práctica se harán constantes referencias al derecho interno de distintas jurisdicciones.

El empleo de las TPG, un texto elaborado por la OCDE en que se establecen pautas de orden técnico para interpretar y aplicar el principio de plena competencia, así como los documentos derivados del proyecto BEPS que a la postre pasarán a integrar el contenido de las primeras resulta esencial en nuestro trabajo. En efecto, el análisis tanto del presupuesto de hecho de los ajustes transaccionales, como de la consecuencia de su aplicación en la presente tesis parte de las pautas establecidas en las TPG por tres motivos que conviene explicar desde ahora; a saber:

Primero, porque se basan en el *arm's length principle* de acuerdo a su concepción más extendida en la normativa de Estados de diversas tradiciones jurídicas. Es precisamente la labor de la OCDE la que ha impulsado una estandarización de este criterio y su adopción en la práctica totalidad de jurisdicciones a nivel mundial, a pesar de las dificultades técnicas que presenta su aplicación.

Segundo, porque las TPG sirven como modelo no sólo para aplicar el principio de plena competencia, sino también para que los Estados dispongan de una referencia sólida a la hora de incorporar reglas que reflejen este principio en sus ordenamientos internos. De hecho existen Estados, como por ejemplo España, cuya legislación se remite de manera explícita al contenido de las *Guidelines* y existen no pocas decisiones judiciales en que se otorga a este texto un valor normativo *de facto*². Tal autoridad, además del organismo que las elabora, entendemos que emana de la calidad técnica de su contenido. Sin duda son un gran apoyo para la correcta aplicación del *arm's length*, no sólo para administraciones fiscales, sino también para los contribuyentes, quienes normalmente basan su postura en el contenido de dicho documento.

² En el apartado 2.3 tendremos ocasión de abordar este problema en profundidad.

Tercero, tomando en cuenta los dos puntos anteriores, el estudio de pautas abstractas permite realizar un análisis que no se centre en el contenido concreto de un Ordenamiento determinado, de tal forma que las conclusiones alcanzadas sean trasladables a cualquier jurisdicción que adopte el parámetro *at arm's length* como referencia para la asignación de rentas entre entidades del grupo.

Todo ello no impedirá el análisis crítico de su contenido, tarea que desembocará en la construcción de un modelo para la correcta aplicación de los ajustes transaccionales basado en el *arm's length principle* que constituye el núcleo del presente trabajo.

La estructuración del contenido del texto en torno al contenido de las *Transfer Pricing Guidelines* determinará a su vez el empleo de referencias a la legislación interna de diversos Estados y al estudio de jurisprudencia relevante al efecto. Por tanto, el presente trabajo no se centrará en elaborar un análisis comparado sistemático del contenido de diversos Ordenamientos, sino que el recurso a fuentes internas tendrá lugar para ilustrar el contenido de la problemática que se esté abordando en cada momento. En todo caso, conviene explicar, aunque sea de forma sucinta, los motivos para la elección de una serie de jurisdicciones –cuatro, en concreto- cuyo contenido se analizará de forma recurrente a lo largo del trabajo.

La primera jurisdicción es España, debido a la cercanía del autor al sistema tributario español y en especial, por la proliferación de casos en los que tribunales españoles aplican ajustes transaccionales de manera imprudente, según tendremos ocasión de comprobar. El hecho de que además no existan pautas explícitas al respecto de este tipo de ajustes es un motivo más que justifica la pertinencia del presente estudio. La segunda jurisdicción es Estados Unidos, pues es el Estado con la normativa de precios de transferencia más avanzada del mundo, que además sirve como referencia recurrente a la OCDE a la hora de modificar las *Transfer Pricing Guidelines*, cuyo contenido coincide en gran medida con las citadas reglas americanas. Además, los tribunales estadounidenses han tenido ocasión de abordar en repetidas ocasiones el problema de los ajustes transaccionales, de tal forma que el análisis de estos casos es primordial para entender el contenido y límites de esta figura. La tercera y cuarta jurisdicción son Canadá y Australia. Las citamos en conjunto porque el motivo para el estudio de su normativa es idéntico. En ambos ordenamientos se incluye una referencia expresa a la

modificación de las condiciones de la operación en su normativa base sobre precios de transferencia –esto es, en la enunciación del principio de plena competencia en norma con rango de ley-, cuyo contenido se ha desarrollado en normas de rango infralegal. Este hecho hace que su análisis sea especialmente pertinente porque en muy pocas jurisdicciones se reconoce la posibilidad de realizar ajustes transaccionales de manera explícita y en una norma con dicho rango.

En cuanto a la delimitación del estudio, cabe realizar varias precisiones.

Primero, esta tesis se refiere al impacto del ajuste transaccional en el *arm's length principle* desde una perspectiva jurídica, referida en exclusiva al ámbito del derecho tributario. Se excluyen por tanto consideraciones relativas al impacto de esta normativa en otras ramas del derecho así como en otras ciencias sociales, como políticas, económicas o de cualquier otra índole.

Segundo, dentro del marco del derecho tributario, centraremos nuestra atención en el ámbito de la imposición directa sobre sociedades con personalidad jurídica propia. En especial, es necesario advertir que no nos referiremos al impacto que el principio de empresa separada pueda tener en el ámbito de la imposición indirecta, en la imposición directa referida a personas físicas ni en el ámbito de atribución de rentas a establecimientos permanentes.

Tercero, en referencia a la normativa sobre operaciones vinculadas, también consideramos pertinente no hacer referencia a consideraciones sobre su ámbito de aplicación subjetivo, puesto que el análisis de los problemas que puede plantear -fundamentalmente, el hecho de que cada Estado lo define de manera distinta ante la ausencia de criterios uniformes- no es relevante en el estudio de la figura de los ajustes transaccionales. Este mismo motivo justifica además la ausencia de análisis en profundidad del ajuste correlativo en el contexto de la normativa sobre operaciones vinculadas.

Cuarto, el principio de empresa separada se ha empleado como medida de referencia para definir el alcance de ciertas figuras más allá del ámbito de los precios de transferencia, cuyo estudio escapa al ámbito de esta tesis. Nos referimos a normas que

no tratan supuestos de valoración de rentas sino de recalificación, en especial cabe mencionar las normas de ajuste secundario, normas de subcapitalización y normas generales antiabuso. Analizaremos dichas figuras a los únicos efectos de diferenciarlas de los ajustes transaccionales, dado que un estudio pormenorizado de las mismas carece de sentido por no constituir el objeto del presente trabajo.

Quinto, no nos referiremos al impacto del derecho de la Unión Europea en el principio de plena competencia, porque en su seno no se han concretado parámetros para la realización de ajustes transaccionales, ni desde una vertiente positiva –nos referimos en especial al Convenio 90/436/CEE de arbitraje sobre precios de transferencia- ni a través de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en materia de imposición directa y libertades fundamentales. En todo caso, conviene advertir que el análisis que se efectúa en este trabajo acerca del parámetro *at arm's length* es susceptible de ser extrapolado a ambos ámbitos, pero no sucede así a la inversa en el ámbito de los ajustes sobre las condiciones de la operación.

Así las cosas, la estructura de la presente obra se divide en dos partes. En la primera se aborda el marco de aplicación de los ajustes transaccionales. A tal efecto, en el primer capítulo comenzamos describiendo brevemente aspectos fundamentales del funcionamiento de la normativa sobre precios de transferencia que servirán de hilo conductor para comprender las implicaciones de problemas más complejos tratados a lo largo del trabajo. También abordaremos cuestiones relacionadas con la definición de la naturaleza y finalidad del *arm's length standard*, aspecto de suma importancia porque éste parámetro servirá a los efectos de delimitar el alcance de los ajustes sobre las condiciones de la operación. Tras esta aproximación, abordaremos la definición del concepto de ajustes transaccionales, así como su origen histórico y la postura actual de la OCDE respecto a su relevancia en el ámbito del mandato *at arm's length*. En el segundo capítulo analizaremos el marco normativo en que los ajustes transaccionales se insertan. Comprobaremos los límites que impone el precepto de los CDI en vigor que contienen una cláusula similar a la del art.9 MCOCDE, así como la relevancia del derecho doméstico por constituir la base jurídica para su realización y la relevancia de las TPG en el proceso de interpretación de la normativa basada en el principio de plena competencia.

La segunda parte de la tesis versa sobre el modelo de aplicación de los ajustes transaccionales. En el tercer capítulo se estudian las pautas para la correcta determinación de los hechos como paso inicial en el análisis de comparabilidad. En el cuarto capítulo, se analiza su ámbito y las consecuencias que resultan de su aplicación tomando como referencia las pautas que la OCDE ha elaborado al respecto, si bien se elaborará un modelo alternativo para la realización de ajustes transaccionales conforme al *arm's length principle*. En el quinto capítulo, se aplicará el modelo propuesto a aquellos ámbitos en que se plantean situaciones que propician la necesidad de ajustar las condiciones de la operación acometida entre partes vinculadas para contrastar la idoneidad de nuestro planteamiento con problemas de índole práctica.

El lector comprobará que las conclusiones se compilan en la última parte del trabajo y no al final de cada apartado. Entendemos que esta opción es adecuada para evitar repeticiones innecesarias y para lograr una mayor fluidez en la lectura del texto. Asimismo, el hecho de compilar las conclusiones en un solo apartado aporta una visión de conjunto a la aportación que este trabajo de tesis trata de trasladar al lector. Para facilitar la localización de los argumentos en los que se basa cada idea expresada en las conclusiones, se indica el número de página entre paréntesis. También cabe señalar que las conclusiones se han redactado en inglés para cumplir con los requisitos establecidos a efectos de optar a la obtención del doctorado con mención internacional.

Por fin, conviene realizar algunas aclaraciones de carácter básicamente formal y relacionadas, para empezar, con la terminología empleada. Primero, el lector podrá comprobar que en el texto se hace un uso alternativo de los términos *arm's length principle*, *arm's length standard*, *at arm's length* y principio de plena competencia con el propósito de evitar repeticiones de términos que dificulten la lectura del texto. En este sentido, se pretende que su significado sea idéntico. Segundo, los términos “normativa sobre operaciones vinculadas” y “normativa sobre precios de transferencia” también se emplean como sinónimos, para hacer referencia a la normativa interna de los Estados que incorpora el mandato *at arm's length* y lo desarrolla. En este sentido, nos desmarcamos del significado otorgado por ciertas instancias al término “precios de transferencia” como aquellos supuestos en los cuales partes vinculadas acuerdan precios o condiciones no acordes a los que partes independientes pactarían y por tanto hay

traslados de beneficios que no debieran permitirse³. El concepto que empleamos por tanto es neutro y se refiere, en general, a la normativa que se basa en el principio de plena competencia, en línea con el concepto que emplea la doctrina a nivel internacional⁴. Tercero, emplearemos los términos “ajustes transaccionales” y “ajustes estructurales” para referirnos al objeto de la tesis, ya descrito, referido a la posibilidad de ajustar las condiciones de la operación a los efectos de la aplicación de la normativa sobre operaciones vinculadas. Cuarto, emplearemos el término “comparabilidad” en distintos ámbitos -“análisis de comparabilidad”, “ajustes de comparabilidad”, etc.- pues a pesar de que el término no está reconocido en la RAE, se emplea con frecuencia tanto por parte de la doctrina, como la jurisprudencia⁵ y la normativa vigente⁶. Quinto, a la hora de referirnos a las Guías sobre Precios de Transferencia o *Transfer Pricing Guidelines* elaboradas por la OCDE, emplearemos el acrónimo TPG a lo largo del texto para mayor comodidad. Salvo referencia en contrario, al hacer alusión a las TPG nos referimos a la versión de 2010. La versión de 1995 se identificará con el acrónimo TPG95.

Por lo que se refiere a los materiales empleados para la elaboración de la presente tesis pueden clasificarse en dos grupos. Se han utilizado por lado fuentes primarias: legislación, jurisprudencia, doctrina administrativa de los Estados en que hemos centrado nuestro análisis. Por otro lado, las fuentes secundarias utilizadas han sido primordialmente trabajos doctrinales, boletines informativos de firmas internacionales dedicadas al derecho tributario y documentos oficiales de organismos supranacionales. Al efecto de recopilar y analizar materiales ha resultado de extrema utilidad el fondo bibliográfico de las instituciones en que el autor ha realizado estancias de investigación,

³ Este es el significado que suele manejar la jurisprudencia en España. Por todas, vid. STS 10 enero 2007, *Productos Roche*, FJ4º (2007, Tribunal Supremo, España). *Inter alia*, esta sentencia indica que “existe precio de transferencia cuando en la relación económica existente entre dos entidades vinculadas se fija un precio distinto, superior o inferior, a aquél que sería acordado entre dos sociedades independientes”. También cierta doctrina defiende su uso, vid. ESTEVE PARDO (1996), p.13. GARCÍA-HERRERA BLANCO (2001), p.24.

⁴ Vid. Transfer pricing, en *International Tax Glossary, Glossary IBFD*: Transfer pricing is “the area of tax law and economics that is concerned with ensuring that prices charged between associated enterprises for the transfer of goods, services and intangible property accord with the arm’s length principle”. En el mismo sentido, vid. TPG par.11. PAGAN; WILKIE (1993), 1.1. BAISTROCCHI (2012), p.10. LEVEY; WRAPPE (2013), par.101. COTTANI (2014), p.29.

⁵ *Inter alia* SAN 11 diciembre 2014, caso *Peugeot*, FJ1º (2014, Audiencia Nacional, España). SAN 21 septiembre 2009, caso *Lafarge Asland I*, FJ3º (2009, Audiencia Nacional, España), SAN 7 diciembre 2011, caso *Lafarge Asland II*, FJ5º (2011, Audiencia Nacional, España). STS 18 julio 2013, caso *YPF*, FJ2º (2013, Tribunal Supremo, España).

⁶ Art.18.4 LIS.

a saber (en orden cronológico): La Westfälisches-Wilhelms Universität Münster (Münster, Alemania), el International Bureau of Fiscal Documentation (Ámsterdam, Holanda), la Wirtschaftsuniversität Wien (Viena, Austria) y el Max Planck Institute for Tax Law and Public Finance (Múnich, Alemania). Agradezco a los directores de dichas instituciones su amabilidad por haberme permitido desempeñar parte del trabajo de investigación en dichas sedes.

Por fin, en lo que se refiere a la forma de citar, la cita de los trabajos doctrinales en nota al pie hace referencia al apellido del autor y al año de la obra en cuestión, además del número de página relevante al efecto (sistema basado en el modelo Harvard-APA), ya que entendemos que una referencia completa al título de la obra resulta incómoda al lector, puede alargar de manera innecesaria la extensión de las notas a pie y además el lector dispone en todo momento de la referencia completa en el apartado “Bibliografía”, al final de la obra. Esta es la razón por la que también descartamos anotar la referencia completa en el lugar de la primera cita de la obra para después realizar remisiones en el resto de citas al pie de página en cuestión. A nuestro entender, este sistema es adecuado para trabajos publicados en revistas, en que no hay -o no suele haber- una sección separada de bibliografía al efecto.

Las citas de jurisprudencia en nota al pie se llevan a cabo señalando el nombre de la parte que litiga frente a la administración, el nombre del Tribunal y entre paréntesis su traducción al español -si procede-, el nombre del país donde radica el tribunal y el año de la decisión. De esta forma, el lector que no esté familiarizado con el sistema jurídico del Estado del que procede el tribunal que emite la sentencia, puede hacerse una idea de la categoría de la corte decisoria.

PRIMERA PARTE. MARCO DE APLICACIÓN DE LOS AJUSTES TRANSACCIONALES.

CAPÍTULO 1. EL CONCEPTO DE AJUSTE TRANSACCIONAL Y SU INSERCIÓN EN EL MARCO DEL PRINCIPIO DE PLENA COMPETENCIA.

La normativa sobre precios de transferencia sirve para ajustar los beneficios de una entidad que derivan de transacciones realizadas con sujetos vinculados, para reflejar aquello que partes independientes hubiesen acordado en condiciones idénticas o muy similares. Este apartado tiene por finalidad introducir al lector en el conocimiento de aspectos básicos relativos al funcionamiento y naturaleza de este tipo de normas, cuyo estudio resulta indispensable para poder comprender la repercusión de cuestiones que revistan mayor complejidad a lo largo de este trabajo.

Dividiremos nuestra exposición en dos partes. En primer lugar nos referiremos en términos abstractos a la definición del principio de plena competencia y a su funcionamiento e implantación. A pesar de que este tipo de normas se presentan simultáneamente en el derecho interno de Ordenamientos jurídicos de tradiciones muy diversas y en el ámbito de los Convenios para evitar la doble imposición, con un contenido no siempre coincidente, es posible extraer una serie de caracteres comunes a casi todos ellos.

En segundo lugar, se hará hincapié en la naturaleza y efectos del *arm's length standard*, principio sobre el que se asienta esta normativa y cuya correcta comprensión es crucial para delimitar un marco sólido a partir del que podamos descender para tratar problemas referidos al estudio de los ajustes transaccionales, que son el objeto central de este trabajo.

1.1. Breve referencia al funcionamiento de la normativa sobre operaciones vinculadas.

En materia de imposición sobre los beneficios societarios, el principio de empresa separada determina que las ganancias que obtiene un grupo empresarial queden gravadas en sede de la sociedad que ha obtenido la renta⁷. El consenso internacional en el empleo de este método de reparto es muy amplio, hasta tal punto que incluso se ha llegado a defender la idea de su pertenencia al derecho consuetudinario⁸. Los miembros integrantes de un grupo empresarial, al gozar de capacidad de obrar para entablar relaciones obligacionales entre ellos, pueden articularlas al margen de las fuerzas del mercado de forma tal que podría producirse un traslado de rentas de manera discrecional⁹.

Es por ello comprensible que en buena parte de los Ordenamientos que siguen el principio de empresa separada se ha adoptado el criterio de plena competencia o *arm's length principle*¹⁰, que permite la modificación del beneficio obtenido por entes asociados cuando operen de manera distinta a la que cabría esperar en partes independientes -persiguiendo cada una la consecución de sus propios intereses¹¹- en condiciones idénticas o muy similares¹². La expresión “precios de transferencia” precisamente designa la contraprestación a cambio de la cual un ente transmite bienes y derechos, o presta servicios, a entes vinculados¹³.

En el ámbito internacional, la cuestión de la asignación de rentas a miembros de grupos multinacionales reviste gran importancia¹⁴, puesto que una gran parte de las operaciones

⁷ VANN (2003), p.133 sostiene que prácticamente todos los problemas que surgen en el marco de los Convenios para evitar la doble imposición tienen su origen en el principio de empresa separada, concretado en el gravamen de cada entidad de un grupo de empresas.

⁸ THOMAS (1996), p.135.

⁹ TPG par.1.3. ADAMS; GRAHAM (1999), m.no.1.10.

¹⁰ SCHOUERI (2015), p.692.

¹¹ BERRY; BRADFORD; HINES (1992), p.733.

¹² La definición del perímetro de vinculación es distinta en cada Estado y depende de la normativa interna correspondiente, sin que existan pautas al respecto por parte de la OCDE u otros organismos internacionales. En España, la determinación del perímetro se encuentra regulada en el art.18.2 LIS.

¹³ TPG par.11.

¹⁴ KOFLER (2013), p.646.

a nivel mundial se realizan entre partes vinculadas¹⁵. Los modelos de Convenio para la eliminación de la doble imposición de la OCDE¹⁶, ONU¹⁷ y EEUU¹⁸ -así como el Convenio de arbitraje de la UE en materia de precios de transferencia¹⁹- siguen el planteamiento *at arm's length* a la hora de determinar la distribución de la potestad tributaria referida a la cuantificación de rentas derivadas de este tipo de transacciones. A nivel comparado, la legislación interna de prácticamente todas las jurisdicciones del mundo adopta el principio de plena competencia como método de asignación de beneficios²⁰.

La explicación a rasgos generales del principio no resulta complicada, pero su aplicación práctica es extremadamente compleja en muchos casos y además conlleva una elevada carga de gestión. La rigidez con que podría manejarse el concepto de comparabilidad -por exigir una similitud entre la operación vinculada y el comparable entre independientes imposible de lograr- ha de verse en la práctica matizada a través de una aproximación razonable de lo que sería un resultado de plena competencia basado en información mínimamente fiable, puesto que la aplicación de la normativa sobre operaciones vinculadas no es una ciencia exacta sino que exige juicios de valor²¹. Con esto se pretende lograr un equilibrio razonable entre la fiabilidad del análisis de comparabilidad y la carga que se genera tanto para el contribuyente como para la administración²².

¹⁵ La literatura aporta cifras dispares, que varían desde “aproximadamente un tercio” señalado por COTTANI (2014), p.2 o “más del 30%”, en UN-PMTP13, par.1.1.3. hasta los “dos tercios del comercio internacional” señalados en RIEKE (2013), p.1, si bien el porcentaje más citado es el 60%, vid. HAMAEEKERS (1998), p.286. GARCÍA PRATS (2005b), p.33. OWENS (2005), p.99. BIEGALSKI (2010), p.178. BURKE (2011), p.614.

¹⁶ MCOCDE14 art.9 y CMOCDE14 art.9, TPG.

¹⁷ MCONU art.9 CMCONU art.9, UN-PMTP.

¹⁸ IRC Sec. 482; Treas. Regs. Sec. 1.482.

¹⁹ Art.4.1 del Convenio 90/436/CEE, de 23 de julio, sobre eliminación de la doble imposición en caso de rectificación de beneficios entre empresas asociadas.

²⁰ El informe *KPMG 2014 global transfer pricing review* señala las siguientes jurisdicciones que a fecha de su publicación son las únicas que no disponen de reglas sobre precios de transferencia o cuyo impacto se encuentra limitado a supuestos muy específicos: Armenia, Bahamas, Bielorrusia, Botswana, Brunei, Islas Caimán, Kuwait, Macedonia, Mauricio, Trinidad y Tobago, Emiratos Árabes Unidos y Zimbabue.

²¹ TPG par.1.13. PAGAN; WILKIE (1993), m.no.3.25. KROPPEN; EIGELSHOVEN (2002), p.75. BOOS (2003), p.145. FEINSCHREIBER; KENT (2012), p.199.

²² TPG par.1.7.

1.1.1. Análisis de comparabilidad.

La puesta en práctica efectiva del *arm's length principle*²³ se lleva a cabo mediante el análisis de comparabilidad, metodología que sirve para contrastar el precio, márgenes u otras condiciones de la operación acometida entre partes vinculadas y un comparable cuyas circunstancias son similares para concluir si es necesario llevar a cabo ajustes que equiparen ambas situaciones. La existencia de comparabilidad implica que ninguna de las diferencias (si las hay) entre las situaciones objeto de comparación pueda afectar significativamente a las condiciones analizadas en la metodología (por ejemplo, el precio o el margen), o que se pueden realizar ajustes lo suficientemente precisos como para eliminar los efectos de dichas diferencias²⁴.

A continuación se describe el proceso tipo que propone la OCDE en las TPG, si bien se advierte que cualquier otra metodología sería admisible dado que el resultado, la consecución del *arm's length principle* lo más exacta y precisa posible, debe primar sobre el camino escogido para llegar al mismo²⁵. Los 9 pasos a seguir son: (1) Determinación de los años incluidos en el análisis. (2) Análisis del conjunto de las circunstancias del contribuyente. (3) Comprensión de la operación u operaciones vinculadas objeto de comprobación, sobre la base, en particular, de un análisis funcional a fin de seleccionar la parte objeto de análisis (cuando sea necesario), el método de determinación de precios de transferencia más apropiado a las circunstancias del caso, el indicador financiero que será analizado (en el caso de un método basado en el resultado de la operación), e identificar factores de comparabilidad importantes que deban tenerse en cuenta. (4) Revisión de los comparables internos existentes, si los hubiera. (5) Identificación de las fuentes de información disponibles sobre comparables externos cuando sean necesarios en función de su fiabilidad relativa. (6) Selección del método de valoración más apropiado y, dependiendo del método, determinación del

²³ TPG par.1.6. *OECD 2014 BEPS Actions 8, 9 and 10. Draft on revisions to chapter I of the Transfer Pricing Guidelines (including risk, recharacterisation, and special measures)*, par.1. *OECD 2015 Aligning Transfer Pricing Outcomes with Value Creation*, par.1.33. SILBERZTEIN (2009), p.51. TRAPÉ VILADOMAT (2014), p.280. COTTANI (2014), p.61. Contra SADIQ (2004b), p.231 defiende que el análisis de comparabilidad sólo es una manera de satisfacer el *arm's length standard*, pero no es la única (en clara alusión a un modelo de reparto mediante fórmula predeterminada). En este sentido, la razón de la prevalencia del primer método sobre el segundo es meramente histórica, en tanto los países han admitido a lo largo de los años la validez de las pautas de la OCDE como la única opción metodológica admisible.

²⁴ TPG par.1.33.

²⁵ TPG par.3.4.

indicador financiero pertinente (por ejemplo, determinación del indicador de beneficio neto pertinente en caso de que se trate del método del margen neto operacional). (7) Identificación de comparables potenciales: especificación de las características clave que debe cumplir una operación no vinculada para poder considerarla potencialmente comparable, sobre la base de los factores identificados en el Paso 3 y de acuerdo con los factores de comparabilidad concretados en los párrafos 1.38 a 1.63. (8) Determinación y aplicación de los ajustes de comparabilidad que sean oportunos. (9) Interpretación y uso de los datos recabados y determinación de la remuneración de plena competencia²⁶.

Las TPG indican que este proceso no es lineal, en especial los pasos 4 a 8 entrañarán una revisión constante hasta dar con el método y el comparable adecuados, lo que podría incluir en su caso la realización de ajustes de comparabilidad para llevar a cabo modificaciones en el comparable y así lograr un resultado más próximo a la operación realizada entre partes vinculadas²⁷. La definición de los factores de comparabilidad, la selección del comparable y la elección del método deben conjugarse para lograr la mayor precisión posible, lo cual requiere una constante revisión de la metodología y resultados obtenidos.

El resultado del análisis puede ser una cifra concreta o un rango de valores dentro del que cualquier opción se considera que respeta el *arm's length principle*²⁸, dependiendo del método empleado.

El análisis de comparabilidad es el pilar fundamental del principio de plena competencia, pues implica la concreción de una metodología adecuada para dar cumplimiento de su mandato. Además, según se demostrará más adelante, el análisis de comparabilidad sirve para delimitar el ámbito de aplicación de los ajustes

²⁶ El lector puede encontrar una descripción detallada de estos pasos en TRAPÉ VILADOMAT (2014), p.284-287.

²⁷ Las TPG emplean las expresiones “ajustes de comparabilidad” y “ajustes razonablemente precisos” alternativamente, ambas para referirse a la modificación del comparable para mejorar el resultado final del análisis de comparabilidad. Vid. *inter alia* TPG “Glosario: análisis de comparabilidad”, par.3.47, par.9.34.

²⁸ TPG par.3.55 y ss. Treas Regs. 1.482-1(e).

transaccionales, de modo que su contenido es crucial para comprender el alcance de esta figura²⁹.

1.1.2. Comparabilidad. Clasificación de comparables.

La fase crítica del análisis de comparabilidad –y su razón de ser- reside en la búsqueda de elementos comparables que sean suficientemente fiables sobre los que basar la realización de ajustes en la base imponible para reflejar el resultado de la operación si partes independientes hubiesen pactado las condiciones. Para analizar los distintos tipos de comparables, cabe emplear dos parámetros de clasificación.

Por un lado, el criterio de distinción más evidente es el relativo a la proximidad del comparable con respecto a la entidad inspeccionada. En este sentido, es necesario realizar una distinción doble. Primero, los comparables internos son aquellos en que la entidad bajo análisis o una entidad del grupo pacta con un sujeto independiente. Normalmente el empleo de esta variante es la opción más adecuada debido a que la información acerca de los elementos que configuran la operación es mayor y está disponible de manera inmediata³⁰. Segundo, los comparables externos consisten en operaciones efectuadas entre dos entidades independientes entre sí y no relacionadas con la parte objeto de análisis. La información sobre este tipo de operaciones será mucho más restringida y por tanto normalmente será más complicado llevar a cabo un análisis de comparabilidad suficientemente fiable.

Cabe añadir que no se pueden tomar como referencia operaciones que efectúen partes relacionadas entre sí, aunque en ciertas ocasiones son un buen indicador de tendencias y comportamientos de un sector económico determinado o como elemento de contraste respecto a operaciones realizadas entre partes vinculadas, pudiendo emplearse de manera auxiliar para refrendar el resultado del análisis³¹.

²⁹ Vid. *infra* apartado 4.1.2., donde se concreta el contenido y significado de la existencia de comparabilidad y se emplea este concepto como límite para la aplicación de ajustes transaccionales.

³⁰ La OCDE recomienda su uso en caso de que el comparable sea suficientemente próximo, vid. TPG par.2.22 en referencia al método del precio de reventa y par.2.40 en referencia la método del coste incrementado.

³¹ RUBIO CUADRADO (2010), p.324-325.

Por otro lado, es necesario distinguir los comparables perfectos -aquellos cuyos factores de comparabilidad coinciden de tal manera que no se precisa realizar ajuste alguno para ponderar el precio o márgenes escogidos según el método que se vaya a emplear- y los comparables imperfectos -en que es conveniente la realización de ajustes de comparabilidad para aproximar la operación comparable a la efectivamente realizada entre vinculadas-. El grado de precisión admisible dependerá de las circunstancias del caso concreto ya que resulta imposible ofrecer una respuesta unívoca. De hecho habrá ciertos casos en que no se podrá hablar de comparables perfectos y sí de “mejor comparable”, que es el comparable que atendiendo a criterios razonables se entienda que es el más próximo dentro de un marco imperfecto, que puede en todo caso adaptarse al caso concreto gracias a la realización de ajustes de comparabilidad.

1.1.3. Factores de comparabilidad.

El primer paso del análisis de comparabilidad consiste en delimitar correctamente las circunstancias de la operación. En este sentido, influirán factores internos –las condiciones de la operación en sí y las circunstancias de las partes- como externos –el entorno económico en que operan-. La correcta delineación de estos elementos es crucial para la consecución satisfactoria del análisis de comparabilidad, pues la búsqueda de comparables se fundamentará precisamente en las características de la operación que han efectuado los sujetos vinculados³².

Los factores de comparabilidad son: las características de la propiedad o de los servicios transmitidos³³, las funciones desempeñadas por las partes -teniendo en cuenta los activos utilizados y los riesgos asumidos-³⁴, las cláusulas contractuales, las circunstancias económicas de las partes y del mercado en que operan y las estrategias

³² OECD 2015 *Aligning Transfer Pricing Outcomes with Value Creation*, par.1.33.

³³ RUBIO CUADRADO (2010), p. 307 señala ciertos ejemplos: bienes tangibles: características físicas, calidad, fiabilidad, disponibilidad, volumen de oferta. Prestaciones de servicios: naturaleza y alcance de las mismas. Bienes intangibles: forma de la operación –venta, concesión, licencia, etc.-, tipo de activo –patente, marca, know how, etc.-, duración, grado de protección. Préstamo: duración, garantías, plazos de devolución, importe, solvencia del deudor.

³⁴ RUBIO CUADRADO (2010), p. 308-309: especificaciones de productos a fabricar, adquisición de materias primas, ensamblaje, gestión de inventarios, almacenaje, transporte, distribución, publicidad y marketing, investigación y desarrollo, etc.

empresariales que estas persiguen. Más adelante ahondaremos en su estudio al hilo del impacto de los ajustes transaccionales en la definición de los hechos.

Esta enumeración de factores no se configura como una lista cerrada; su propósito reside en señalar la existencia de distintos elementos que configuran la base fáctica necesaria para poder desarrollar un análisis de comparabilidad adecuado. La importancia relativa de cada factor dependerá del método más apropiado escogido de acuerdo a los comparables existentes según las circunstancias del caso. Por ejemplo, en un supuesto de compraventa de bienes tangibles, las características del producto serán más importantes si el método escogido es el del precio libre comparable en lugar del método del margen neto transaccional³⁵. De la conjunción de estos tres elementos - factores, métodos y comparables- dependerá la mayor o menor precisión del ajuste a practicar sobre la operación original. Precisamente en el siguiente subapartado describiremos los métodos a emplear en el análisis de comparabilidad y al hilo de su estudio el lector podrá comprobar como en cada uno se da más importancia a un factor o a otro.

1.1.4. Métodos de determinación de precios de transferencia.

La precisión en la tarea de comparación se mide a través de la coincidencia de los factores de comparabilidad y según el método de análisis que escojamos como el más apropiado de acuerdo a las circunstancias de cada caso concreto³⁶, que dependerán tanto de la naturaleza de la operación como del grado de comparabilidad de cada factor y la información disponible sobre comparables no vinculados. El ajuste primario resultante se calculará sobre el precio, margen bruto, margen neto o beneficios dependiendo del método empleado.

Se suele mantener que la técnica más directa para determinar si las condiciones de una operación respetan el *arm's length principle* es la del precio libre comparable, seguido de los otros dos métodos tradicionales -precio de reventa y coste incrementado- frente a los métodos basados en el beneficio -margen neto transaccional y reparto del beneficio-

³⁵ TPG par.1.38.

³⁶ TPG par.2.2.

³⁷. Esta clasificación en todo caso ha de ser criticada, puesto que dos de los tres métodos calificados de “tradicionales” -el método del precio de reventa y el método del coste incrementado-, se basan en márgenes y no en el precio de la operación, igual que sucede en los métodos basados en el beneficio³⁸. La distinción además contrasta con la aplicación práctica de la normativa sobre operaciones vinculadas, puesto que el método más empleado es, con diferencia, el método del margen neto transaccional³⁹. En todo caso el criterio de la OCDE ha variado para alinearse con el de Estados Unidos, en el sentido de eliminar la jerarquía de métodos y recomendar la selección del método más apropiado (*best method rule*) en atención a las circunstancias del caso concreto⁴⁰.

Es importante señalar que el empleo adecuado de estos métodos supone una presunción de cumplimiento del mandato que el principio de plena competencia impone y que estudiaremos más adelante⁴¹. En este sentido, su correcta utilización excluye la posibilidad de realizar ajustes transaccionales⁴².

A continuación describiremos de forma somera cada método.

1.1.4.1. Métodos tradicionales.

Precio libre comparable (Controlled Uncontrolled Price, CUP).

El método del precio libre comparable consiste en comparar el precio facturado por bienes o servicios transmitidos o prestados en una operación vinculada con el precio facturado por bienes o servicios transmitidos o prestados en una operación no vinculada comparable en circunstancias también comparables⁴³. La lógica económica de este método se asienta en dos factores. Primero, en el hecho de que empresas independientes

³⁷ TPG par.2.3.

³⁸ En el mismo sentido, WITTENDORFF (2010a), p.698.

³⁹ Señalaremos en tal sentido dos ejemplos. Estados Unidos, en el 77% de los acuerdos previos de valoración (*Advance Pricing Agreements*, APA) negociados en 2014 se empleó el TNMM. Vid. <https://www.irs.gov/pub/irs-drop/a-15-11.pdf> (acceso a 5 de marzo de 2016). En el período 2005-2014, en China, el porcentaje ascendió al 76%. Vid. <http://www.chinatax.gov.cn/n810219/n810724/c1951566/part/1951585.pdf> (acceso a 5 de marzo de 2016).

⁴⁰ Cfr. TPG95 par.3.2; TPG par.2.10.

⁴¹ Vid. *infra* apartado 1.2.1.

⁴² Vid. *infra* apartado 4.1.2.

⁴³ TPG par.1.40, 2.13. *OECD 2014 BEPS Actions 8, 9 and 10. Draft on revisions to chapter I of the Transfer Pricing Guidelines (including risk, recharacterisation, and special measures)*, par.25. Treas. Regs. 1.482-3(b)(1). Art.18.4.a) LIS15.

intentarán ver sus propios intereses cumplidos. En este sentido, una empresa no pagaría a otra para la adquisición de un producto, un precio superior al que lograría acordar con otra empresa que le ofrezca un producto idéntico o muy similar⁴⁴. Segundo y como consecuencia de lo anterior, la teoría del equilibrio de mercado indicará que oferta y demanda determinarán un precio específico para un bien concreto.

No obstante, en mercados imperfectos –debido a diversas razones- productos idénticos podrían ser susceptibles de compra o venta a precios distintos y viceversa⁴⁵. WITTENDORFF se refiere a una decisión del *Bundesfinanzhof* que, en la línea de la teoría de mercados imperfectos aplicada al método del precio libre comparable, afirma que partes independientes bajo circunstancias comparables no necesariamente tienen por qué aceptar el mismo precio o rango de precios⁴⁶.

Este método en principio constituye el camino más directo para cumplir el *arm's length principle*, si bien exige un elevado grado de similitud del producto o servicio objeto de comparación, además de una proximidad suficiente en cuanto a las funciones desempeñadas y el resto de factores. En especial, las circunstancias que deben ser contempladas para determinar la comparabilidad, o no, entre las operaciones que se consideran, son la diferencia en el volumen de operaciones, las cláusulas contractuales o las condiciones de pago o solvencia. Si no son suficientemente comparables y existe un método más fiable, se deberá descartar el empleo de este método.

Un ejemplo de aplicación del método del precio libre comparable podría ser la existencia de una venta CIF y una venta FOB que, pese a no ser en principio comparables⁴⁷, pueden ser objeto de ajustes de comparabilidad para lograr una similitud aceptable, desde el momento en que las diferencias entre las mismas -que conciernen al

⁴⁴ BERRY; BRADFORD; HINES (1992), p.733.

⁴⁵ SCHOUERI (2015), p.710.

⁴⁶ BFH 17 de octubre de 2001 (2001, Tribunal Fiscal Federal, Alemania), citada en WITTENDORFF (2010a), p.712-713.

⁴⁷ En el ámbito del comercio internacional, los INCOTERMS (*International Commercial Terms*) establecen un conjunto de modalidades contractuales estandarizadas en el marco del comercio internacional. Existen once modalidades en la versión de 2010. En la modalidad CIF (*Cost, Insurance and Freight*, coste, seguro y flete) el exportador entrega la mercancía a bordo del buque designado por él mismo, de acuerdo con la operativa del puerto. La modalidad FOB por su parte (*Free On Board*, franco a bordo) implica que el exportador entregará la mercancía a bordo del buque designado por el importador, en el puerto de embarque convenido.

transporte y al seguro- tienen un efecto definido y cuantificable⁴⁸. El parámetro a comparar sería el precio de la operación y el ajuste a practicar en caso de discrepancia entre la operación vinculada y el comparable entre partes independientes se determinaría conforme al mismo.

Precio de reventa (Resale Price Method, RPM).

El método del precio de reventa, aplicable a operaciones realizadas por entidades que asumen funciones de venta, se centra en el margen bruto obtenido por la reventa a una entidad independiente de un producto adquirido previamente a una empresa asociada. La lógica de este método reside en que un vendedor independiente no aceptaría de un comprador un precio menor que el que obtendría por otro comprador del mismo producto⁴⁹. Representa la cuantía con que el revendedor pretende cubrir sus costes de venta y gastos de explotación y, dependiendo de las funciones desarrolladas, la obtención de un beneficio apropiado, adecuado a los riesgos asumidos y al capital empleado⁵⁰. Dicho con otras palabras, el método pretende calcular el precio de compra de un producto a través del análisis de su precio de venta minorado por el margen bruto correspondiente. El empleo de este método es pertinente cuando se aplica a actividades de comercialización.

Para comprender su utilidad -y en general, la de todos los métodos centrados en las funciones desempeñadas y no en el producto en sí- es importante recalcar que en una economía de mercado, la contraprestación por el ejercicio de funciones similares tiende a igualarse entre distintas actividades. Las TPG recogen un ejemplo que ilustra perfectamente esta afirmación: una compañía distribuidora puede desarrollar las mismas funciones (teniendo en cuenta los activos utilizados y los riesgos asumidos) cuando vende tostadores que cuando vende batidoras y, por ello, en una economía de mercado, la remuneración de estas dos actividades debería ser similar. Sin embargo, los consumidores no considerarán que un tostador y una batidora sean bienes sustitutivos, por lo que no hay razón para esperar que sus precios sean iguales⁵¹. Así las cosas, el

⁴⁸ Ejemplo expuesto en de TRAPÉ VILADOMAT (2010), p.349-350.

⁴⁹ BERRY; BRADFORD; HINES (1992), p.734.

⁵⁰ TPG par.2.21. Treas. Regs. 1.482-3(c)(1). Art.18.4.c) LIS15.

⁵¹ TPG par.2.24.

grado de comparabilidad disminuirá en el mismo grado en que aumente la diferencia entre los bienes transmitidos.

Este método se centra en la comparabilidad de las funciones desempeñadas y los riesgos asumidos, factores que influyen directamente en el valor que la entidad bajo análisis puede aportar. Si por ejemplo el revendedor soporta riesgos relevantes, contribuye a la creación de sinergias o es un sujeto altamente especializado en la tarea que realiza, esperará obtener un margen más elevado que si se limita simplemente a transferir los bienes a un tercero sin aportar valor más allá de este hecho⁵². El método resulta especialmente oportuno para este último supuesto. Si existieran diferencias significativas en estos factores con respecto al comparable entre partes independientes, éste deberá ser descartado.

Coste incrementado (Cost Plus, C+).

El método del coste incrementado se centra en los costes en que incurre un proveedor de bienes y/o servicios en una operación vinculada por los bienes transmitidos o servicios prestados a un comprador asociado; en concreto, la parte bajo análisis es la vendedora y el indicador empleado es el margen incrementado sobre el coste de producción, que representa la remuneración del fabricante o proveedor por las funciones realizadas. Su lógica se basa en la idea de que el comprador, si no estuviese vinculado con su vendedor, no le pagaría más que a otro vendedor para obtener un producto similar que revender⁵³. En consecuencia, se debe prestar atención a la aplicación de un margen comparable sobre una base de costes comparable⁵⁴, de manera que la compensación que obtenga la empresa se corresponda con el coste por ventas más un beneficio que refleje riesgos y capital empleado. Su uso se recomienda en supuestos de venta de productos semiacabados, cuando las partes han concluido acuerdos de explotación común o compraventa a largo plazo o cuando la operación consiste en una prestación de servicios⁵⁵.

⁵² TPG par.2.31.

⁵³ BERRY; BRADFORD; HINES 1992), p.734.

⁵⁴ TPG par.2.44. Treas. Regs. 1.482-3(d)(2)(i). Art.18.4.b) LIS15.

⁵⁵ TPG par.2.39.

En el empleo de este método es decisivo el análisis de los distintos tipos de gasto en que incurre la sociedad y su cuantía de acuerdo con las funciones y riesgos que asuma. La base del mismo son los costes de producción y por ende, el parámetro objeto de comparación⁵⁶.

Las TPG recogen la siguiente situación para ilustrar la aplicación del método: la sociedad A acuerda mediante contrato con la sociedad B del mismo grupo realizar una investigación para esta última. Ésta soporta los riesgos derivados del fracaso de la investigación y es además propietaria de todos los intangibles desarrollados a través de la investigación, de modo que le corresponden también las posibilidades de beneficio que de ella se deriven. La utilización del método del coste incrementado implica que se deban retribuir todos los costes de la investigación acordados por las partes asociadas, de forma que el coste incrementado adicional debe reflejar cuán innovadora y compleja es la investigación desarrollada⁵⁷.

1.1.4.2. Métodos basados en el resultado.

Los métodos basados en el resultado se utilizan para estudiar los beneficios derivados de una operación concreta, empleando parámetros netos frente al precio o márgenes brutos que sirven de referencia en los métodos tradicionales. El margen puede fijarse según el parámetro que pueda resultar más adecuado –activos, costes, ventas, etc-.

Existen ciertos supuestos en que resulta más apropiado emplear métodos basados en el resultado frente a los métodos tradicionales, sobre todo en casos de falta de información sobre comparables basados en el precio de la operación o márgenes brutos que impiden en ocasiones un correcto desarrollo del análisis de comparabilidad⁵⁸. La OCDE señala en este sentido dos ejemplos⁵⁹: (1) supuestos en que cada una de las partes realiza aportaciones valiosas y únicas a la operación vinculada, o cuando las partes llevan a cabo actividades muy integradas, lo que puede hacer que el método de la distribución

⁵⁶ TRAPÉ VILADOMAT (2010), p.354.

⁵⁷ TPG par.2.55.

⁵⁸ El empleo de este tipo de métodos es crucial para definir correctamente el ámbito de aplicación de los ajustes transaccionales, puesto que si su aplicación es plausible, la modificación de las condiciones de la operación será contraria al principio de plena competencia. Vid. *infra* apartado 4.1.2.1.

⁵⁹ TPG par.2.4.

del resultado resulte mucho más ajustado que un método unilateral (2) cuando no se dispone de información pública y fiable sobre terceros en relación con el margen bruto, o ésta es muy escasa, la aplicación de los métodos tradicionales basados en las operaciones puede resultar difícil salvo cuando existan comparables internos, por lo que los métodos basados en el resultado de las operaciones pueden ser los más apropiados a la vista de la información disponible.

Margen neto Transaccional (Transactional Net Margin Method, TNMM).

El método del margen neto operacional estudia el beneficio neto calculado sobre una magnitud idónea -por ejemplo la relación de costes, ventas o activos con los beneficios (*Profit Level Indicators*)- que un contribuyente obtiene por razón de una operación⁶⁰. En Estados Unidos se emplea un método equivalente, el método de los beneficios comparables (*Comparable Profit Method* o CPM)⁶¹.

Los indicadores escogidos deben guardar relación con la explotación de la actividad; los ingresos y gastos no relacionados con la operación deben excluirse si afectan al análisis de comparabilidad⁶². La lógica económica sobre la que se sustenta la pertinencia de este método reside en las teorías neoclásicas sobre mercados de competencia perfecta, en que oferta y demanda convergen en un precio de mercado que iguala el coste marginal, situación en la cual los beneficios de la empresa igualan el retorno obtenido por la explotación de los factores de producción⁶³. En este sentido, el método se centra en la compensación obtenida por el empleo de esos factores para la obtención de beneficios, aunque en escenarios de competencia imperfecta. Es el método más empleado en la actualidad, pues apoya su aplicación sobre la utilización de bases de datos de

⁶⁰ TPG par.2.58. Art.18.4.e) LIS. En PALACÍN SOTILLOS et al. (2013), p.121,122 se describen los ratios más empleados según las funciones ejercidas. Para fabricantes, la ratio más empleada es el margen bruto sobre costes de fabricación; en distribuidoras se suele emplear el margen bruto sobre ventas, si bien también se emplea con frecuencia el margen operativo (beneficio operativo / ventas); para los prestadores de servicios, el margen bruto sobre costes es la ratio recomendada por las TPG, aunque en ciertos supuestos en que el prestador de servicio no incurra en gastos generales, administrativos, de marketing y otros no incluidos en el margen bruto sino en la línea neta o de explotación, el margen neto sobre costes totales (beneficio operativo / costes totales) resulta más adecuado.

⁶¹ Treas. Regs. 1.482-5(a). Ambos se diferencian en que el método del margen neto transaccional se aplica sobre operaciones concretas mientras que el CPM se centra en analizar “la actividad empresarial más próxima” a la ejercida por la empresa objeto de comprobación. Vid. WITTENDORFF (2010a), p.737-738.

⁶² TPG par.2.78.

⁶³ WITTENDORFF (2010a), p.735.

información masiva⁶⁴, sobre las que se lleva a cabo un proceso de eliminación y depuración hasta dar con el comparable más adecuado⁶⁵.

Una de sus ventajas radica en que los indicadores de beneficio neto son menos sensibles a las diferencias entre operaciones frente a los parámetros empleados en los métodos tradicionales. Con todo, existen múltiples factores -distintos de las características de productos y funciones⁶⁶- que influyen en estos indicadores. Puede suceder que las diferencias en las funciones desempeñadas en las empresas queden reflejadas sobre todo en variaciones en los gastos de explotación -lo que daría lugar a que exista un amplio rango de márgenes de beneficio bruto- y a la vez se mantengan niveles similares de indicadores de beneficios de explotación netos⁶⁷, con lo que resultaría oportuno fijar la atención sobre este último parámetro para efectuar el análisis de comparabilidad.

Otra ventaja radica en el carácter unilateral del método, que se concreta en el análisis de los indicadores financieros de sólo una de las partes. No obstante, este factor torna en inconveniente en supuestos en que las dos partes llevan a cabo contribuciones valiosas y emplean intangibles únicos, en cuyo caso normalmente será más apropiado aplicar el método de la distribución de resultado. Con todo, su principal tara es la existencia de diversos elementos que inciden sobre el margen neto y que no derivan de la vinculación en sí sino de otras circunstancias circunscribibles al entorno del negocio y su estrategia⁶⁸.

⁶⁴ Las bases de datos sobre precios de transferencia se basan en información obtenida de fuentes públicas como por ejemplo la documentación depositada en registros mercantiles o la publicada en la página web corporativa de entidades cotizadas en mercados secundarios. La veracidad de la información en principio está garantizada por el propietario de la base de datos y el contraste de las fuentes de información no debería suponer en principio problema alguno, por ser de acceso público. En aquellos casos en que el acceso a las fuentes de información sea restringido, se pueden plantear problemas relativos a la veracidad de la misma en relación a la carga de la prueba que debe soportar el contribuyente al diseñar su política de precios de transferencia. Vid. COOLS (1999), p.167, 168. PÉREZ RODILLA; HUIDOBRO ARREBA (2007), p.1160. MUSSELLI; MUSSELLI (2006), p.239.

⁶⁵ Vid. PALACÍN SOTILLOS et al. (2013), p.115 para una descripción detallada del proceso de búsqueda de comparables mediante el empleo de bases de datos.

⁶⁶ TPG par.2.69.

⁶⁷ TPG par.2.62.

⁶⁸ TRAPÉ VILADOMAT (2010), p.358 cita a título de ejemplo “las diferencias de costes de primer establecimiento, el distinto grado de aceptación en el mercado de los productos, el distinto grado de avance de las empresas, las diferencias entre mercados geográficos, la eficacia y oportunidad de la publicada, de la eficiencia operativa o el distinto grado de automatización de las empresas”.

Las TPG ejemplifican el empleo de este método con el siguiente caso. Supongamos que hay dos distribuidores vendiendo el mismo producto en el mismo mercado con el mismo nombre comercial. El distribuidor A garantiza el producto, el distribuidor B, no. El distribuidor A por tanto, vende a precios más elevados que determinan un mayor margen de beneficio bruto. Sin embargo, el importe de los gastos de garantía en que incurre el distribuidor A resulta imposible de cuantificar, de forma que no puede procederse a ajustar de forma fiable el beneficio bruto de A para que su margen de beneficio bruto sea comparable al de B. Ahora bien, si no hay otras diferencias relevantes entre A y B, y se conoce la relación entre el beneficio neto de A y sus ventas, podría aplicarse el método del margen neto transaccional comparando el margen de A calculado sobre la ratio ventas a beneficio neto, con el margen de B calculado sobre la misma base⁶⁹.

Distribución del resultado (Profit Split Method, PSM).

Este método conlleva la identificación del resultado -beneficio o pérdida- obtenido en operaciones vinculadas para su distribución entre las partes en función de la aportación de cada una a su obtención sobre la base de una serie de criterios que partes independientes hubiesen tomado en consideración⁷⁰. Este método es bilateral -tiene en cuenta a ambas partes de la operación- y sirve en especial para abordar operaciones con un alto grado de integración, en que ambas partes realizan aportaciones únicas y valiosas. La contrapartida reside en el alto grado de subjetividad que supone determinar la creación de valor de cada parte, de modo que se requerirá un mayor nivel de justificación a la hora de razonar la pertinencia e impacto de las aportaciones que cada parte efectúa al resultado final.

Las dos variantes principales del método de la distribución del resultado son (1) el análisis de aportaciones, que consiste en dividir el resultado en base a una aproximación razonable sobre la contribución de cada parte al resultado final de la operación⁷¹; y (2) el análisis residual, que consta a su vez de dos fases. En la primera, a cada participante se le atribuye una cuantía acorde con las funciones rutinarias, esto es, distintas de las

⁶⁹ Vid. TPG par.2.36, par.2.107.

⁷⁰ TPG par.2.108. Treas. Regs. 1.482-6(a). Art.18.4.d) LIS15.

⁷¹ TPG par.2.119. Treas. Regs. 1.482-6(c)(3).

que tienen carácter único. En la segunda, el remanente se distribuiría según las funciones no rutinarias ejercidas y que pueden incluir el empleo de intangibles de titularidad exclusiva u otros factores que determinen ingresos proporcionalmente más elevados en comparación con los costes en que se ha incurrido para su generación.

Tomemos como ejemplo el supuesto de la empresa A, matriz de un grupo farmacéutico multinacional que desarrolla, produce y vende fármacos a nivel mundial. La empresa A, que se encarga de labores de investigación y desarrollo, transfiere ciertas patentes y otros intangibles referidos al producto M -un preparado farmacéutico que puede tener potencial como tratamiento para el Alzheimer- a la empresa S, que sin embargo carece de todos los medios necesarios para explotar adecuadamente estos intangibles. Así, contrata a la empresa A para lograr una mayor eficiencia en la explotación de estos activos. Ambas partes emplean intangibles únicos en el proceso y llevan a cabo aportaciones de muy alto valor añadido. En este supuesto, los beneficios derivados del resultado final podrían asignarse a las dos partes atendiendo al criterio de distribución del resultado⁷².

Cabe destacar por último que el método del reparto del beneficio probablemente adquiera mayor relevancia en el futuro por dos motivos. Primero, por ser el que mejor refleja la asignación de beneficios en conformidad con la creación de valor, parámetro sobre el que se asientan las propuestas del plan de acción BEPS en el ámbito de los precios de transferencia⁷³. Segundo, porque permite una mayor flexibilidad a la hora de determinar qué elemento de comparación se adopta para realizar el análisis. Incluso en supuestos en que partes independientes no hubiesen estructurado la operación de la misma manera en que partes vinculadas han procedido -ausencia de comparables- este método permitiría realizar un reparto del beneficio adecuado según las circunstancias.

1.1.4.3. Otros métodos.

⁷² Ejemplo inspirado en el propuesto por la OCDE en el *OECD 2014 BEPS Action 10 draft on the use of profit splits in the context of global value chains*, p.32.

⁷³ *OECD 2013 BEPS Action Plan*, p.20-21; *OECD 2014 BEPS Action 10 draft on the use of profit splits in the context of global value chains*, par.33 et seq. ESAKOVA (2015), p.49 indica que la administración alemana está comenzando a rechazar la aplicación del método del margen neto transaccional a través de *benchmarks* para primar en su lugar el empleo de vías no convencionales (*hypothetical arm's length approach*) basadas en el método de distribución del resultado.

La formulación abierta del *arm's length* principle permite la utilización de otros métodos que resulten aptos para un desarrollo óptimo del análisis de comparabilidad⁷⁴. En especial, los métodos empleados en el campo de las finanzas como el Valor Actual Neto (VAN) o la Tasa Interna de Retorno (TIR) son oportunos en ciertos ámbitos, como en la valoración de intangibles⁷⁵. Mención aparte por su creciente importancia merece el conocido como “sexto método”, aplicado por países iberoamericanos en operaciones de materias primas para evitar el traslado de rentas a jurisdicciones de baja o nula tributación⁷⁶ a partir del empleo de precios fijos de exportación/importación en el momento de la carga. En todo caso, la opción por uno u otro método debe fundamentarse en las circunstancias del caso y la información disponible, así como prestando atención a las debilidades y fortalezas de cada uno.

1.1.5. Ajustes y aspectos temporales y formales.

La aplicación de los métodos descritos dará lugar a la comparación de un parámetro concreto –precio, márgenes, beneficios- entre la operación acometida por partes vinculadas y su equivalente entre independientes. En caso de diferencias en el valor, se llevará a cabo un ajuste “primario” sobre el beneficio de la entidad objeto de análisis para equilibrar ambos comparables. La contrapartida recibe el nombre de ajuste “correlativo” y consiste efectuar una modificación de signo contrario en la base imponible de la contraparte en la operación. En caso de no tener lugar este segundo ajuste nos encontraríamos ante una situación de doble imposición económica en tanto la misma renta quedará gravada dos veces en manos de sujetos distintos.

Los Modelos de Convenio de la OCDE, la ONU y el Modelo de EEUU contienen un precepto destinado a tratar de que el Estado de residencia de la contraparte vinculada que ha formado parte de la operación lleve a cabo un ajuste correlativo⁷⁷, si bien su configuración presenta dificultades relativas a su efectivo cumplimiento. Es por ello que estos organismos recomiendan el uso de herramientas de negociación tales como el

⁷⁴ Vid. TPG par.2.9. Treas. Regs. 1.482-3(e), 1.482-4(d).

⁷⁵ MUSELLI; FUSARO (2013), p.28. SPORKEN; VISSER (2015), p.13.

⁷⁶ Vid. *PWC 2013 Sixth method raises transfer pricing concerns in developing countries; OECD 2014 BEPS Action 10 draft on transfer pricing aspects of cross-border commodity transactions, par.3.*

⁷⁷ MCOCDE14 art.9.2; MCONU art.9.2; MCEEUU art.9.2.

procedimiento de acuerdo mutuo (*Mutual Agreement Procedure, MAP*) previsto normalmente en los propios CDI o la introducción de cláusulas unilaterales internas⁷⁸. A nivel supranacional, cabe citar en el ámbito de la UE la existencia del Convenio 90/436/CEE⁷⁹ sobre eliminación de la doble imposición en supuestos de rectificación de beneficios entre empresas asociadas.

Además, el marco temporal es un elemento de relevancia que plantea problemas relativos a la disparidad en la fecha de la operación efectuada entre entidades vinculadas, la referida a la operación comparable y la realización del análisis de comparabilidad⁸⁰. El marco temporal resulta relevante tanto *ex ante* –al llevar a cabo el análisis de comparabilidad- como *ex post*.

Ex ante, el criterio de razonabilidad impone la admisión de desfases temporales entre estos elementos en aras de facilitar la tarea de efectuar el análisis de comparabilidad siempre y cuando tales diferencias no comprometan su correcto desempeño⁸¹.

El análisis ganará precisión conforme las fechas de la operación vinculada y el comparable independiente sean mas próximas por reflejar el comportamiento de partes independientes en un entorno similar⁸². Con ello se logrará una mayor proximidad temporal en el supuesto de empleo de comparables internos, dado que el uso de comparables externos se encuentra normalmente ligado al empleo de bases de datos, que tardan en recopilar y procesar la información. El tiempo es un elemento crucial en ciertos sectores, en especial el financiero, en que la remuneración por financiación depende en gran medida de las condiciones de devolución del capital e intereses en un marco temporal concreto.

Ex post, el contribuyente debe verificar el impacto de las operaciones que ha acometido para atestiguar su cumplimiento con el *arm's length principle*, que tendrá lugar al momento de la elaboración de la autoliquidación del impuesto a fin del ejercicio⁸³. En

⁷⁸ Vid. MCOCDE14 art.25.

⁷⁹ Diario Oficial nº L 225 de 20/08/1990 p.0010-0024.

⁸⁰ Vid. TPG par.3.67 y ss.

⁸¹ Vid. TPG par.3.69.

⁸² Las TPG denominan a esta realidad “operaciones no vinculadas contemporáneas”, vid. TPG par.3.68.

⁸³ TPG par.3.70.

todo caso, pese a que pueden existir supuestos de valoración incierta, la revisión del resultado tras superar este momento no suele permitirse -salvo ciertas excepciones⁸⁴- al basarse en información no disponible para el contribuyente al momento de acometer la operación, cuyo desarrollo tendrá lugar en un ambiente de incertidumbre.

Es necesario también señalar que tanto en el ámbito de las TPG como en el de la normativa interna sobre precios de transferencia acorde con la misma se suelen desarrollar pautas definidas para el tratamiento de ciertas áreas que plantean una problemática concreta en relación a la preponderancia de unos factores de comparabilidad sobre otros, el empleo del método más apropiado o la búsqueda de comparables. Entre otras cabe mencionar, la prestación de servicios intragrupo⁸⁵, transacciones de intangibles⁸⁶, acuerdos de reparto de costes⁸⁷, reestructuraciones empresariales⁸⁸, financiación⁸⁹ o la compraventa de materias primas⁹⁰. Por razones de espacio preferimos no describir los problemas específicos que plantea cada supuesto y entendemos que por ahora basta su mención, a salvo de su tratamiento al hilo de los problemas que se plantearán en cada apartado del presente trabajo.

Por último, cabe señalar que la existencia de normativa sobre precios de transferencia trae asociada un coste de gestión importante que se subordina en gran medida a los deberes de documentación que se establezcan en el Ordenamiento interno de cada Estado⁹¹. Dado que no es una materia relevante para comprender el régimen sustantivo de operaciones vinculadas ni la figura de los ajustes transaccionales sobre la que versa este trabajo, consideramos innecesario ahondar en su estudio, si bien su mención es necesaria para que el lector tenga presente la importancia de este factor en el ámbito de la normativa sobre precios de transferencia, en especial en lo relativo al incremento en

⁸⁴ Nos referimos al *Commensurate With Income Standard* referido a la valoración ex post de intangibles. Vid. IRC sec.482.2. TPG par.6.28 et seq. *OECD 2015 Aligning Transfer Pricing Outcomes with Value Creation, Actions 8-10 – 2015 Final Reports*, par. 6.181 et seq.

⁸⁵ TPG Capítulo VII. Treas. Regs. 1.482-2(b). Arts.18.5, 18.6 LIS15.

⁸⁶ TPG Capítulo VI. Treas. Regs. 1.482-4.

⁸⁷ TPG Capítulo VIII. Treas. Regs. 1.482-7. Art.18.7 LIS15.

⁸⁸ TPG Capítulo IX.

⁸⁹ *OECD 1987 Thin Capitalization*, Treas. Regs. 1.482-2(a).

⁹⁰ *OECD 2014 BEPS Action 10 Draft on Transfer Pricing Aspects of Cross-border Commodity Transactions*.

⁹¹ Las TPG establecen pautas en su Capítulo V. En España, la exigencia de documentación se realiza conforme a los principios de proporcionalidad y suficiencia vid. art.18.3 LIS, capítulo V RIS.

complejidad que genera un deber de documentación elevado, tanto desde una perspectiva cuantitativa como cualitativa.

Así las cosas, cabe resaltar la ambivalencia con que se ofrecen pautas de revisión de requisitos formales desde instancias internacionales, dependiendo del tamaño de la entidad o grupo en cuestión. Por un lado, existe una tendencia hacia la simplificación de los deberes de documentación existentes de las pequeñas y medianas empresas. Por otro lado se propone la inclusión de nuevos deberes, como el *Country by Country Report* propuesto en el proyecto BEPS⁹², que consiste en la declaración, por parte de multinacionales que superen ciertos umbrales de cifra de negocios, de los resultados financieros obtenidos, cantidad de impuestos pagados e información varia relativa a la actividad empresarial de cada país en que opera y cuya inclusión en derecho interno ya ha tenido reflejo en ciertos países entre los que se encuentra España⁹³. Es importante tomar en consideración asimismo el creciente número de acuerdos de intercambio de información tributaria de todo tipo para comprender la magnitud de la importancia de los deberes formales de documentación en precios de transferencia.

1.2. La naturaleza y finalidad del principio de plena competencia.

Una vez explicados los aspectos básicos del *arm's length* y su aplicación en la práctica, a continuación procederemos a analizar la lógica de este principio de manera más precisa. En el presente apartado abordaremos el *arm's length principle* en su construcción más pura, esto es, como principio que autoriza la modificación de los beneficios obtenidos por entidades vinculadas para equipararlos a los que habrían obtenido partes independientes en condiciones similares. La pertinencia de su estudio desde de una concepción abstracta reside en que todas las reflexiones que se efectúen en este apartado son trasladables a cualquier conjunto normativo en derecho comparado que adopte el *arm's length standard* como base para su desarrollo. Asimismo, es importante conocer las limitaciones de esta figura para comprender el papel esencial

⁹² Vid. *OECD 2014 BEPS Action 13 Deliverable. Guidance on Transfer Pricing Documentation and Country-by-Country Reporting*.

⁹³ En España, vid. art.14 RIS.

que los ajustes transaccionales juegan en la definición de su alcance, siendo un aspecto esencial para su correcta aplicación.

Primero, centraremos nuestra atención en su funcionamiento para destacar el mandato de optimización que impone y las dificultades prácticas que plantea su implementación. Segundo, enunciaremos los efectos perniciosos del *arm's length*, que tendrán reflejo en la generación de distorsiones en el mercado y en la dificultad que supone en términos pragmáticos su gestión e implementación. Tercero, revisaremos las distintas finalidades que se atribuyen a este principio de manera crítica para concluir que la única verdadera es la atribución de beneficios puramente convencional y aséptica, conclusión que guarda repercusiones de suma importancia para la correcta identificación de la naturaleza y funcionamiento de los ajustes transaccionales.

1.2.1. El principio de plena competencia como mandato de optimización con un contenido mínimo.

La normativa sobre precios de transferencia basada en el principio de plena competencia imponen una ficción⁹⁴ concretada en que a efectos tributarios, la valoración de las operaciones efectuadas entre partes vinculadas se equiparará a aquella que partes independientes hubiesen acordado en circunstancias similares⁹⁵. El precio efectivamente acordado no surtirá consecuencias jurídicas en el plano tributario⁹⁶ y su relevancia residirá únicamente en servir como referencia para calcular el ajuste sobre la base imponible en aras de reflejar el resultado de la ficción⁹⁷.

⁹⁴ HELLERSTEIN (2005), p.108 señala que tratar a un grupo multinacional como un conjunto de entidades independientes y no integradas implica que el *arm's length* funcione como “Alicia en el país de las maravillas, en un universo irreal”. BRAUNER (2012), p.162 indica con acierto que el argumento para preferir el *arm's length principle* frente al empleo de fórmulas predeterminadas de reparto de beneficios basado en que éste es arbitrario y no refleja la realidad económica es desacertado, pues ambos métodos guardan cierto grado de arbitrariedad, sólo que el *arm's length* “la camufla tras el empleo de terminología y metodología económica y con todo, impone una ficción legal en lugar de seguir la realidad económica”.

⁹⁵ MARÍN-BARNUEVO FABO (1996), p.137 define la ficción jurídica como una “disposición normativa que simula la identidad de dos hechos que se saben diferentes, con la finalidad de atribuir al segundo de ellos el mismo régimen jurídico que ya se había descrito para el primero”. Consideramos que esta definición es trasladable al ámbito que nos ocupa.

⁹⁶ SCHOUERI (2014a), p.99.

⁹⁷ En este sentido ha de reputarse incorrecto el planteamiento ya consolidado en la jurisprudencia española de calificar la normativa sobre operaciones vinculadas como una “presunción *iuris et de iure*”, puesto que las presunciones se refieren al hecho de tener por probado un suceso a partir de un indicio y una relación lógica entre ambos, esquema en que de ninguna manera encaja esta figura. Vid.

El hecho de asignar beneficios entre partes vinculadas como si nos encontráramos ante partes independientes plantea una primera duda relativa a la metodología que se emplea para lograr este objetivo, esto es, el análisis de comparabilidad. En la práctica, la tarea de buscar comparables adecuados resulta ardua⁹⁸, hasta tal punto que cierta doctrina afirma que es imposible hablar de comparables idénticos *stricto sensu*. Lo máximo a que se podría aspirar es a la construcción de un comparable lo más aproximado posible a la operación efectivamente acometida⁹⁹, pero jamás idéntico. Si se parte de esta concepción, cabe preguntarse sobre el alcance del mandato at *arm's length*. ¿Hasta qué punto es posible el cumplimiento de la norma?

Dado que el cumplimiento total de la norma es materialmente imposible, la respuesta más acertada reside en el enfoque de esta disposición como una suerte de mandato de optimización (*Optimierungsgebot*). El aplicador de la norma debe tratar de aproximarse lo máximo posible al resultado que la norma pretende dentro de las posibilidades jurídicas y reales existentes¹⁰⁰, sabiendo que no logrará cumplirlo en su plenitud. En este sentido, existen semejanzas con la teoría enunciada por ALEXY para distinguir los principios de las reglas, si bien cabe advertir que el desarrollo de este modelo se ha referido mayoritariamente la frontera de posibilidades jurídicas en la consecución del mandato que impone un principio frente a otros¹⁰¹. En el supuesto del *arm's length* no existe una confrontación entre dos principios jurídicos que deben ser realizados en un mayor o menor grado, sino la confrontación entre un principio y la realidad, cristalizada en la paradoja de tratar de dar cumplimiento a un mandato imposible de realizar en última instancia. Sólo partiendo de esta base puede

COMBARROS VILLANUEVA (1988), p.26-27. SCHOUERI (2014a), p.102-103. Contra PÉREZ ROYO (1986), p.268. AGULLÓ AGÜERO (1998), p.171. FALCÓN Y TELLA (1998), p.534-535. GARCÍA-HERRERA BLANCO (2001), p.71. ALONSO GONZÁLEZ (2007), p.74.

⁹⁸ BREM, M.; TUCHA, T. (2005), p.10. En el mismo sentido, AVI-YONAH, R. (2009) p.503-504; BULLEN; GERTEN; STÜRZLINGER (2009), p.1000.

⁹⁹ HIGINBOTHAM (1998), p.235. CHORVAT (2003), p.1258. FRIS (2003), p.202. AVI-YONAH; CLAUSING; DURST (2009), p.503. DURST (2011), p.440, 441. MUSELLI; FUSARO (2013), p.28. En referencia al debate de la ley de reforma tributaria estadounidense de 1986, vid. *Staff of joint comm. on taxation 1987 general explanation of the tax reform act of 1986*, p.1014.

¹⁰⁰ En este sentido, existen semejanzas con la teoría enunciada por ALEXY (2007), p.67-68. Vid. asimismo TORRES (1999), p.130.

¹⁰¹ El paradigma de este modelo en el ámbito del derecho tributario internacional es sin duda la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea al confrontar la soberanía de los Estados miembros a la hora de legislar en materia de imposición directa y la efectiva realización de las libertades comunitarias. Vid. DOUMA (2011), p.293.

comprenderse la inmensa complejidad que ha alcanzado la regulación positiva y demás pautas de aplicación del *arm's length*. Así, la enunciación del *arm's length* constituiría un principio porque establece una guía de resultado (*Finalprogrammierung*), frente a las reglas de desarrollo del *arm's length* que establecen guías de comportamiento (*Verhaltensbezogene Programmierung*), concretadas sobre todo en el desarrollo de pautas para llevar a cabo el análisis de comparabilidad, para alcanzar el resultado *at arm's length* en su mayor grado posible¹⁰².

Hasta tal punto alcanza la amplitud del criterio *at arm's length* que resulta harto complicado valorar tanto si el resultado de la aplicación del análisis de comparabilidad a un supuesto concreto cumple con su mandato como la elección del comparable más adecuado de entre los múltiples que se pueden plantear. A la hora de conocer qué opción es más próxima a este ideal debemos atender a parámetros cualitativos –en referencia sobre todo a la calidad de los comparables según el método empleado- y cuantitativos –el *arm's length* no es un precio único sino un rango plausible de precios¹⁰³-. Así todo, se genera un grado de incertidumbre muchas veces indeseable para una norma tan trascendente en el ámbito de las relaciones comerciales¹⁰⁴.

La complejidad en la traslación del mandato de la norma a la práctica del día a día se ha visto incrementada a un ritmo proporcional al del avance de la globalización en la economía y la expansión en las posibilidades que una operativa integrada otorga frente a la realización de negocios entre partes independientes. Esta progresión se ha visto reflejada también en la propia concepción del *arm's length principle*, cuya evolución es fruto de la dialéctica constante entre el “enfoque EE.UU.” y el “enfoque OCDE”. El primero -a diferencia del segundo- se apoya en el hecho de que comparar operaciones en sí resulta contraproducente y se centra por ello en la actuación –término deliberadamente amplio- que llevarían a cabo partes no relacionadas en circunstancias similares¹⁰⁵, si bien el segundo cada vez más se aproxima a esta idea, en especial tras las propuestas de interpretación del *arm's length* derivadas del plan BEPS¹⁰⁶. Hasta el

¹⁰² Vid. KLEMENT (2012), p.180. SCHOUERI (2014a), p.104.

¹⁰³ BETTEN; ROTONDARO (1998), p.174. ROSENBLOOM (2005), p.7.

¹⁰⁴ AVI-YONAH; CLAUSING; DURST (2009), p.500.

¹⁰⁵ FRIS (2003), p.200.

¹⁰⁶ Vid. *OECD 2014 BEPS Action 8 deliverable. Guidance on transfer pricing aspects of intangibles*, par.6.57. ROBILLARD (2015a), p.447.

momento, se ha repetido constantemente un esquema de corte hegeliano: primero, Estados Unidos aprueba una reforma que podría calificarse de transgresora frente a la regulación hasta entonces vigente; después la OCDE critica con dureza tal reforma, normalmente sobre la base de un quebranto del mandato *at arm's length*; por último la OCDE acaba asumiendo la posición americana en revisiones posteriores de los criterios que mantenía¹⁰⁷, normalmente porque comprueba que las soluciones adoptadas, si bien poco ortodoxas, son convenientes por pragmáticas. Existen múltiples ejemplos, desde la adopción de los métodos del beneficio en las TPG95¹⁰⁸ hasta la eliminación de la jerarquía de métodos en las TPG10, pasando incluso por la admisibilidad de la realización de ajustes transaccionales, ya que en el informe del *Task Force* de 1993 se criticó duramente la política de los Estados Unidos al respecto para sólo dos años más tarde admitir su realización¹⁰⁹.

Como puede comprobar el lector, la concreción del *arm's length* en la práctica ha variado a lo largo de los años. En principio, la identidad de transacciones debía ser el parámetro sobre el que pivotaba el concepto. Sin embargo en la actualidad el análisis ha virado hacia una perspectiva más amplia que toma en consideración la actuación de partes independientes en el sentido más amplio del término, sin que la visión quede restringida a la operación objeto de análisis¹¹⁰. Esta dicotomía se refleja en la existencia de métodos tan dispares como el de precio libre comparable y el método de reparto de beneficios, más próximo a planteamientos formularios que a una concepción clásica *at arm's length*. De hecho en la actualidad los métodos del beneficio son los más empleados -en especial por multinacionales- porque son los que mejor respuesta dan a problemas especialmente complejos relacionados con el choque que se produce entre la realidad económica y la norma antes descrito.

La doctrina estadounidense desde los años 80 se refiere a este escenario mediante el planteamiento del “*continuum price problem*”¹¹¹, que consiste en describir los distintos

¹⁰⁷ QUEK (2011), p.315.

¹⁰⁸ Vid. GARCÍA PRATS (2005b), p.45. CHAND; WAGH (2014), p.402.

¹⁰⁹ *OECD 1993 Tax Aspects of transfer pricing within multinational enterprises. The United States Proposed Regulations*. Vid. PICHHADZE (2015b), p.393 para una descripción detallada del proceso.

¹¹⁰ CAUWENBERGH (1997), p.137-138.

¹¹¹ LANGBEIN (1986), p.655; LANGBEIN (1989), p.1394; ARNOLD; MCDONELL (1993), p.1377; AVI-YONAH (1995), p.93; AVI-YONAH (1996), p.1346. BRAUNER (2012), p.156 utiliza este

métodos para asignar rentas entre entidades vinculadas mediante una línea continua en que en un extremo se encuentra la pura comparación entre operaciones –método del precio libre comparable- y en el otro extremo se situarían las reglas basadas en fórmulas predeterminadas *-formulary apportionment-*, quedando el resto de métodos situados a lo largo de la línea en función de su proximidad hacia una opción u otra. Así, la dicotomía que presenta la OCDE entre el principio de plena competencia y métodos de fórmula no existe¹¹²; es más, el método de reparto del beneficio se sitúa más cerca de los segundos que del primero¹¹³. Las únicas diferencias entre ambos residen en el hecho de que (1) el primero distribuye el resultado de una operación en particular mientras que el segundo se centra en el resultado total del grupo y (2) que en la fórmula se empleen criterios predeterminados en la norma frente a los criterios *ad hoc* empleados en el reparto del beneficio en función de aquello que hubiesen acordado partes independientes.

El fenómeno descrito de relativización del *arm's length* para responder a realidades empresariales cada vez más sofisticadas evidencia la práctica inexistencia de contornos que delimiten el principio. En realidad, la evolución descrita encuentra explicación en el hecho de que los métodos descritos funcionan como presunciones de cumplimiento del principio de plena competencia¹¹⁴. Así el legislador dispone de cierto margen a la hora de concretar el contenido de este mandato de optimización. En términos llanos, muchas soluciones a un mismo problema pueden ser consideradas *at arm's length*, si bien habrá soluciones que sean más *arm's length* que otras. Es así que determinar premisas básicas en su definición es un ejercicio que necesariamente ha de complementar el establecimiento de pautas que concreten su aplicación en el derecho interno de cada

planteamiento para criticar a quienes polarizan el debate entre *arm's length* y *formulary apportionment*, dado que ambos sistemas se encuentran mas próximos entre sí de lo que puede parecer en un principio.

¹¹² TPG par.1.16 et seq. AVI-YONAH (1995), p.91 certifica su fecha de defunción (sic) en 1988, cuando el Congreso de Estados Unidos admitió el CPM como método válido para atribuir beneficios en el marco de regulación de las operaciones vinculadas.

¹¹³ Vid. MAISTO (1992), p.52. EDEN (1998), p.558 indica que el método del reparto del beneficio determina un reparto *ad hoc* (*ad hoc apportionment*), frente al establecimiento de criterios de reparto *a priori* (*formulary apportionment*). En ASHLEY (2013), p.18 el autor señala cómo muchas disputas entre Estados, en el ámbito de la normativa sobre precios de transferencia, se resuelven acudiendo a conceptos formularios y no a las pautas que marca el *arm's length*. SNOWDON (2009), p.14 indica la opinión de AVI-YONAH al respecto: “la OCDE va a dar su bendición a la eliminación de la jerarquía de métodos para situar el método de reparto del beneficio al nivel de los otros y una vez lo haga, la distinción entre este sistema y la fórmula se habrá esfumado”. BRAUNER (2012), p.162 entiende que los métodos basados en el beneficio no tienen cabida en el concepto *at arm's length*. Como bien es sabido, en 2010 se revisaron las TPG para introducir la regla del método más adecuado y por tanto se eliminó su jerarquía, de modo que actualmente la teoría del *continuum price problem* se encuentra más vigente que nunca.

¹¹⁴ SCHOUERI (2015), p.697.

Estado. A continuación se nombran tres pautas *de minimis* estrechamente relacionadas entre sí, sin las cuales esta figura quedaría vacía de contenido.

En primer lugar, es necesario llevar a cabo un análisis caso por caso. Al ser el mandato de la norma gravar una operación según la hubiesen llevado a cabo partes independientes, es necesario atender a las circunstancias concretas de cada supuesto para discernir tras el análisis oportuno si existen diferencias entre la asignación de beneficios entre vinculadas y no vinculadas y ajustar en consecuencia la base imponible de la entidad objeto de análisis. Esto implica que las normas que determinen resultados preestablecidos -márgenes predeterminados u otras- son incompatibles con el *arm's length principle*, salvo si se permite probar una valoración distinta atendiendo a las circunstancias del supuesto¹¹⁵. La verdadera discusión en tal caso radicaría en la carga de la prueba que el contribuyente deba soportar.

En segundo lugar, si bien determinar qué es *arm's length* puede resultar complicado, en ocasiones efectuar un análisis a contrario es útil a efectos de conocer si se está respetando la consecuencia jurídica prevista en la norma¹¹⁶. De la misma forma que es relevante saber si una situación se ajusta -en mayor o menor medida- al *arm's length*, también lo será saber cuándo una situación no es acorde con este principio porque partes independientes jamás llevarían a cabo una operación de determinada manera. No obstante, este tipo de prácticas deberían llevarse a cabo con la suficiente cautela, ya que de otra forma esta práctica podría encubrir casos de recaracterización sin base suficiente para ello.

En tercer lugar encontramos la cuestión de la prueba¹¹⁷. Ante un parámetro que impone un mandato de optimización en los términos ya descritos y sobre la base de un estudio caso por caso, la oportunidad de fundamentar el análisis que derive en el cumplimiento de la consecuencia jurídica en un grado aceptable es vital para la correcta aplicación de la norma. El contribuyente debe tener la oportunidad de desplegar cuantos medios de

¹¹⁵ Así se dispone en la legislación brasileña, ley 9.430/96. SCHOUERI (2009), p.122, indica que de tornar en absolutos los márgenes preestablecidos en la norma el sistema devendría en inconstitucional por vulnerar el principio de capacidad económica.

¹¹⁶ En el mismo sentido se pronuncia SCOTT WILKIE (2012), p.156.

¹¹⁷ Vid. *infra* apartado 4.3 para una discusión detallada sobre la carga de la prueba en ajustes transaccionales.

prueba sean idóneos para sustentar su postura. Esta idea cobra relevancia en al menos tres ámbitos.

Primero, el establecimiento de presunciones que no admiten prueba en contrario es contrario al *arm's length* salvo que se permita al contribuyente probar un resultado distinto derivado del supuesto concreto y prevalezca éste.

Segundo, para la administración el reparto de la carga de la prueba también reviste gran importancia dado que para discutir el análisis que el contribuyente ha realizado y probar que no se ajusta al *arm's length standard* no debería bastar un esfuerzo probatorio que desvirtúe el incumplimiento del principio, sino que también es necesario proponer la aplicación correcta de la norma mediante un resultado alternativo derivado del análisis de comparabilidad que sea contrastable por parte del contribuyente, todo ello con objeto de salvaguardar unas mínimas garantías para sostener un ajuste por parte de la administración.

Tercero y en conexión con el punto anterior, el uso de comparables secretos es inadmisibles, puesto que usurpa al contribuyente la posibilidad de confrontar la información que la administración maneja para llevar a buen término el análisis de comparabilidad, lo que implica imposibilidad absoluta de defensa¹¹⁸. SCHOUERI indica que la utilización de comparables secretos es más común de lo deseable. Países como Japón, China u Holanda admiten el empleo de información a la que el contribuyente no tiene oportunidad de acceder¹¹⁹. En Noruega, recientemente el Tribunal Supremo determinó que la administración puede hacer uso de comparables secretos siempre y cuando muestre al contribuyente información suficiente para llevar a cabo un ajuste¹²⁰. En España sin embargo, tanto la Audiencia Nacional como el TEAC dictaminó en una decisión reciente que la administración no puede hacer uso de comparables secretos para sustentar ajustes en el Impuesto sobre Sociedades¹²¹ porque

¹¹⁸ UN-PMTP13, par.1.6.15 indica que el uso de comparables secretos es contrario al principio de equidad.

¹¹⁹ SCHOUERI (2008), p.841.

¹²⁰ KPMG 2015 Norway - Tax authorities may use "secret comparables". HOKE (2015), p.353. SAMUELSEN et al. (2015), p.2. BJERKE; SØGAARD (2015), p.331.

¹²¹ Vid. SAN 12 mayo 2011, caso *Ecolojeans* (2011, Audiencia Nacional, España), en que se censura el empleo por parte de la administración del empleo de "pantallazos" procedentes de su base de datos.

tal práctica es susceptible de vulnerar el derecho de defensa. De hecho, hablar de comparables secretos equivale a emplear un pretexto para una determinación totalmente arbitraria del valor de una operación entre partes vinculadas, ya que su uso equivale a una ausencia total de prueba por parte de la administración e imposibilidad de contradicción por parte del contribuyente.

1.2.2. Alcance pleno o limitado de la ficción del principio de plena competencia.

Los grupos multinacionales, por el hecho de actuar de manera conjunta y no fragmentada en el mercado, dispondrán de una serie de ventajas competitivas que justifican precisamente su existencia. La doctrina distingue entre efectos derivados de la propia actividad de coordinación de los distintos entes que componen el grupo (*aktive Konzerneffekte*) de aquellos que surgen sin necesidad de una actuación positiva (*passive konzerneffekte*)¹²², como pueden ser la reducción de costes de transacción o la disminución del riesgo a la hora de operar en el mercado. Por tanto, *ceteris paribus*, la actuación en el mercado por parte de grupos empresariales dará lugar a la obtención de beneficios mayores que la actuación que puedan llevar a cabo entidades independientes¹²³.

El ámbito de aplicación de los ajustes transaccionales depende de la extensión de la ficción que impone el mandato *at arm's length*, problema cuya resolución es crucial para determinar en qué supuestos la norma requiere la realización de ajustes. En concreto, el debate gira en torno a dos posturas.

La primera, que denominaremos ficción plena, aboga por definir el *arm's length standard* como un principio que impone que los beneficios obtenidos por una entidad como consecuencia de operaciones realizadas con entidades vinculadas se equiparen a los que hubiese obtenido de haber realizado operaciones idénticas o muy similares con partes independientes. Es decir, el mandato requiere ajustar al máximo posible las

Asimismo, RTEAC *Coca Cola* (2013, Tribunal Económico Administrativo Central, España), comentada en CALDERÓN CARRERO; MARTÍN JIMÉNEZ (2015), p. 171 et seq.

¹²² Vid. BULLEN (2011), p.285 y literatura ahí referenciada.

¹²³ ANDRESEN (2015), p.720.

circunstancias y condiciones del comparable pero, una vez alcanzado el punto en que, de continuar ajustando la operación ésta no hubiese tenido lugar entre partes independientes, los ajustes deberían cesar. De acuerdo a esta visión, el comparable jamás puede rebasar los límites de la actuación y circunstancias de partes independientes¹²⁴.

La segunda implica establecer que la ficción del *arm's length standard* es limitada y debe referirse exclusivamente al ajuste de las condiciones de la operación según el acuerdo que partes independientes alcanzarían en unas circunstancias ya dadas. Dicho con otras palabras, el único factor que se vería afectado al respecto es la existencia de una comunidad de intereses¹²⁵, pues éste es el factor que impide que las condiciones de la operación se efectúen a precios de mercado. Nótese que esta opción interpretativa del criterio *at arm's length* se refiere únicamente a las condiciones de la operación, es decir, elementos de la misma sujetos a negociación, pero excluye las circunstancias en que ésta tiene lugar. Por tanto, las circunstancias de las entidades se deberían respetar, lo único que se elimina –por medio de la referida ficción- es la comunidad de intereses que mantienen las partes¹²⁶. Así las cosas, a la hora de ajustar un comparable no existirá la limitación a que nos referíamos en el párrafo anterior, sino que se requerirá una mayor aproximación respecto a la operación original en el supuesto de que las circunstancias del comparable sean distintas de las existentes en la transacción vinculada.

La mejor manera de explicar las diferencias entre ambas opciones es a través de un ejemplo. Supongamos que la entidad S, perteneciente a un grupo multinacional de empresas, solicita un préstamo a una entidad relacionada P. El solo hecho de S forme parte del grupo implica una mejora en su calificación crediticia (*credit rating*) de Aa3 a Aa1, de forma que su coste de financiación en el mercado disminuye¹²⁷. Además, el hecho de que P dispone de más medios para recabar información acerca de la situación económico-financiera de S que en el supuesto de que ambas entidades no estuviesen

¹²⁴ Defiende esta visión KANE (2014), p.303. SCHOUERI (2015), p.712 por su parte señala que el propósito del *arm's length standard* nunca ha sido el de tomar en cuenta los beneficios derivados de sinergias.

¹²⁵ Vid. BERRY; BRADFORD; HINES (1992), p.733. SADIQ (2004a), p.68.

¹²⁶ Vid. por todos, BULLEN (2011), p.305. KOFLER (2015), m.no.60.

¹²⁷ Vid. BECKER (2015), p.591. En *DELOITTE 2015 The new transfer pricing landscape. A practical guide to the BEPS changes*, p.11 se indica que “las agencias de *rating* saben que, en determinadas circunstancias, una matriz proveerá de respaldo crediticio a su filial incluso cuando no existe obligación legal en tal sentido”.

vinculadas, los costes de transacción disminuyen, circunstancia que queda reflejada en tipo de interés y las condiciones del préstamo, que serán más favorables. ¿Se deben tener en cuenta ambas circunstancias a efectos de contrastar la operación con un comparable entre partes independientes?. ¿Debería adoptarse como referencia la calificación crediticia mejorada o la referida a S como entidad independiente del grupo?.

De adoptar la opción de ficción plena, tanto la mejora en la calificación crediticia como la ausencia de costes de transacción referidos a la mayor cantidad de información de que partes vinculadas se benefician por el hecho de serlo deberían desconocerse, porque sujetos independientes no pueden acceder a tales ventajas. En tanto la referencia de comparación reside en saber qué hubiese sucedido si partes independientes hubiesen acometido la operación, necesariamente ambos factores no se darán en el comparable mas próximo.

Si se toma como referencia el enfoque de ficción limitada sin embargo, comprobaremos cómo el hecho de que la entidad S forme parte de un grupo de empresas es una circunstancia que puede causar impacto en las condiciones de la operación, pero no es una condición en sí, ya que este hecho escapa a la capacidad de negociación de las partes. En otras palabras, la entidad S no puede negociar si forma parte de un grupo de empresas o no. Dado que esta visión del *arm's length* aboga únicamente por suprimir la comunidad de intereses existente entre las partes de la operación, ello implicará que la ficción actuará sobre aquellos elementos sujetos a pacto entre las partes. Por tanto, ante unas circunstancias dadas, para determinar el alcance del ajuste debemos preguntarnos qué hubiesen hecho las partes de haber sido independientes entre sí, esto es, de no compartir intereses comunes, aunque sin posibilidad de modular las circunstancias que rodean la operación. La solución al ejemplo propuesto sería radicalmente opuesta a la alcanzada de acuerdo al primer criterio, ya que en este caso la búsqueda de comparables debería tener en cuenta ambas circunstancias a la hora de completar el análisis de comparabilidad pertinente.

En general, la existencia de sinergias que surgen por el hecho de actuar en el mercado a través de grupos de empresas en lugar de adoptar un modelo de negocio basado en operar con partes independientes, dan lugar a la obtención de un mayor beneficio –

normalmente derivado de la disminución de costes- que se explica por hechos ajenos a la negociación de los términos de una operación¹²⁸. Insistimos que ambos elementos se encuentran íntimamente ligados, ya que la determinación de las condiciones se basa en cierta medida en las circunstancias de cada parte y del mercado en que operan. Por ejemplo, nadie discute que la litigiosidad entre partes vinculadas es mucho menor que entre sujetos no vinculados, por no decir que es nula. Esta circunstancia es clave para entender que el establecimiento de cláusulas de salvaguarda en caso de litigiosidad – penalizaciones, cláusulas de arbitraje, etc.- tiende a ser innecesaria entre entidades vinculadas, mientras que en operaciones entre sujetos independientes resulta imprescindible debido a la falta de información acerca de la contraparte. De nuevo, dependiendo del enfoque que adoptemos, esta circunstancia se tendrá o no en cuenta a la hora de realizar el análisis de comparabilidad y para el cálculo del ajuste que proceda.

La discusión sobre la prevalencia de una opción u otra es clave para comprender la verdadera extensión de la ficción que impone el mandato *at arm's length*. La OCDE no se pronuncia de manera explícita al respecto; de hecho, en ciertos pasajes, las TPG parecen optar por una visión de ficción amplia, como cuando se afirma que “el objeto del principio de plena competencia es tratar a los miembros de un grupo multinacional como si operaran como empresas independientes en lugar de como partes inseparables de una sola empresa unificada”¹²⁹. Sin embargo, en otros queda claro que de no adoptar la visión limitada, carecerían de sentido ciertas afirmaciones, como la vertida en el capítulo sobre servicios intragrupo, donde se indica que la obtención de “ventajas accesorias que sólo se generan por formar parte de una empresa mayor y no por ejercer una actividad específica” no dan lugar a la existencia de una prestación de servicios y por tanto no es necesario que se retribuya.

En las nuevas pautas que la OCDE establece al hilo del proyecto BEPS se mencionan ejemplos al respecto del tratamiento que las rentas derivadas de sinergias generadas entre miembros del grupo deben recibir en el marco de la normativa sobre precios de

¹²⁸ Vid. TPG, par.7.13. Treas. Regs.1.482-9(1)(3)(v). BLESSING (2010), p.156-157 trae a colación el concepto de asociación pasiva para explicar este fenómeno.

¹²⁹ TPG, par.1.6. Vid. DELOITTE 2015 *The new transfer pricing landscape. A practical guide to the BEPS changes*, p.12

transferencia¹³⁰. Su contenido indica que el organismo internacional se posiciona inequívocamente a favor de adoptar el enfoque de ficción limitada.

Por un lado, en relación a la coordinación activa del grupo, se indica que si un grupo ejecuta ciertas acciones de manera activa tendentes a la centralización de adquisiciones para lograr descuentos por volumen de compras, o si la entidad encargada de compras consigue negociar rebajas en el precio de adquisición de mercancía de las que se beneficiarán las distintas entidades de grupo, deberá tenerse en cuenta el beneficio logrado y distribuirse de manera adecuada entre las distintas entidades del grupo¹³¹. Por otro lado, el efecto de asociación pasiva se ejemplifica con un supuesto idéntico al descrito más arriba, referido a la calificación crediticia más favorable por el hecho de pertenecer a un grupo. En este supuesto la OCDE entiende que no es necesario retribuir a la matriz por tal ventaja a la hora de obtener financiación¹³².

Asimismo, la referencia constante al hecho de que la inexistencia de comparables de mercado no implica que la operación que partes vinculadas han llevado a cabo sea contraria al principio de plena competencia, es otro indicador más que demuestra la preferencia de la OCDE por el enfoque de ficción limitada¹³³.

Existe jurisprudencia de relevancia que ha hecho suya la visión del *arm's length standard* como parámetro de alcance limitado que reconoce por tanto la filiación al grupo de ambas entidades.

En Canadá, el caso *GE Capital* versó sobre los pagos por un aval que GE Capital Canada realizó a GE Capital US sobre un préstamo concedido a favor de la primera por un banco canadiense no relacionado¹³⁴. Esos pagos se calcularon de acuerdo a la

¹³⁰ Vid. *OECD 2015 Aligning Transfer Pricing Outcomes with Value Creation, Actions 8-10 – 2015 Final Reports*, par.1.157 et seq.

¹³¹ *OECD 2015 Aligning Transfer Pricing Outcomes with Value Creation, Actions 8-10 – 2015 Final Reports*, par.1.160-1.161.

¹³² *OECD 2015 Aligning Transfer Pricing Outcomes with Value Creation, Actions 8-10 – 2015 Final Reports*, par.1.164-1.166.

¹³³ Vid. TPG, par.1.11, 9.172. *OECD 2014 BEPS Actions 8, 9 and 10. Draft on revisions to chapter I of the Transfer Pricing Guidelines (including risk, recharacterisation, and special measures)*, par.84. *2015 Aligning Transfer Pricing Outcomes with Value Creation, Actions 8-10 – 2015 Final Reports*, par.1.122, 1.123. ELLIOT (2008), p.389.

¹³⁴ *The Queen v. General Capital Canada Inc.*, par.199 (2010, Tribunal Federal de Apelaciones, Canadá). Vid. BOIDMAN (2011), p.1044.

calificación crediticia de GE Capital Canada como miembro de un grupo multinacional de empresas, resultado que el Tribunal determinó como adecuado al *arm's length standard*¹³⁵. De haber aplicado la interpretación de ficción absoluta, los pagos por el aval deberían haber sido mayores, para reflejar la calificación crediticia de GE Capital Canada como entidad independiente y autónoma¹³⁶. Un razonamiento similar se admitió por parte del Tribunal Federal de Australia en el caso *Chevron*¹³⁷.

En el caso *Indalex*, una entidad canadiense del mismo nombre junto con otras entidades de grupo residentes en Alemania y Reino Unido decidieron coordinarse para adquirir aluminio, canalizando las compras a través de una entidad vinculada residente en Bermudas¹³⁸. La Corte Federal de Apelaciones determinó que esta última no debía retener beneficio alguno derivado de los descuentos, puesto que éstos derivaban de la capacidad de compra de las otras entidades.

En Alemania, el Tribunal Federal Fiscal señaló en una decisión publicada en diciembre de 2014 que un préstamo sin garantía concedido por una matriz alemana a una subsidiaria estadounidense podía tener el mismo tipo de interés que un préstamo con garantía entre partes independientes¹³⁹, ya que la relación de control impide la posibilidad de impago voluntario por parte de la prestataria.

BULLEN identifica a su vez diversas decisiones de tribunales noruegos en relación al enfoque limitado del principio de plena competencia. El caso *Conoco Norway* trata el supuesto de las ventajas crediticias derivadas de formar parte de un grupo¹⁴⁰. El Tribunal de Apelaciones que resolvió el caso determinó que no se debe obviar el estatus de la entidad como subsidiaria, sino que la ficción del *arm's length* se debe extender únicamente a la supresión de la comunidad de intereses. Más aún, indica con acierto la decisión que lo contrario supondría una evaluación excesivamente hipotética de la

¹³⁵ LINDSAY; POON (2014), p.3.

¹³⁶ ANDRESEN (2015), p.720. AVERYANOVA; SAMPAT (2015), p.368. MENYASZ (2009), p.383 señala que en opinión de ciertos expertos, tener en cuenta circunstancias de grupo implica contravenir el *arm's length principle*.

¹³⁷ *Chevron Australia Holdings* (2015, Tribunal Federal, Australia).

¹³⁸ *Indalex Ltd. v. The Queen* (1988, Tribunal Federal de Apelaciones, Canadá).

¹³⁹ BFH 17 diciembre 2014 (2014, Tribunal Fiscal Federal, Alemania), citada en BECKER (2015), p.590 y WEISS (2016), p.55.

¹⁴⁰ *ConocoNorway* (2010, Tribunal de Apelaciones Eidsivating, Noruega), citada en BULLEN (2011), p.295-296.

operación, lo cual constituye una alternativa poco recomendable¹⁴¹. El mismo razonamiento subyace en la decisión de los casos *ConocoPhilips* -referido a la misma materia- *Agip* y *Fina Exploration*, se reconocieron los descuentos en el pago de primas obtenidos por subsidiarias de sendos grupos al contratar conjuntamente pólizas de seguros¹⁴².

Con todo, la adopción de uno u otro enfoque dependerá de la configuración de la norma interna sobre precios de transferencia que cada Estado adopte¹⁴³, de manera que será necesario valorar en cada caso la extensión de la ficción *at arm's length* que imponga la norma aplicable al supuesto. Como veremos a continuación, la opción por uno u otro sistema influirá de forma significativa en el reconocimiento de las particularidades de la operativa mediante grupos de empresa frente a la actuación en el mercado por parte de sujetos independientes. A su vez, la adopción de la ficción limitada impactará de manera notable en el ámbito de aplicación de los ajustes transaccionales¹⁴⁴.

1.2.3. Efectos perniciosos del principio de plena competencia.

Una vez estudiado el funcionamiento del *arm's length standard* y sus caracteres básicos, a continuación nos referiremos a otros efectos quizá no tan evidentes pero cuyo impacto negativo es relevante para comprender mejor la naturaleza de este principio.

1.2.3.1. El principio de plena competencia puede causar distorsiones en el mercado.

La disparidad en el gravamen sobre la renta entre las diversas jurisdicciones soberanas existentes, unido a la posibilidad de controlar entes con personalidad jurídico-tributaria propia susceptibles de obtener renta por sí mismos y de llevar a cabo negocios privados

¹⁴¹ BULLEN (2011), p.296.

¹⁴² *ConocoPhilips* (2010, Tribunal de Apelaciones Borgarting, Noruega), citada en WITTENDORFF (2011), p.237. Vid. ANDRESEN; PEARSON-WOODD; JØRGENSEN (2010), p.463. AVERYANOVA; SAMPAT (2015), p.367. *Rt. 2001/1265, Agip* (Tribunal Supremo, Noruega). *Fina Exploration* (2000, Juzgados de Oslo, Noruega). *Fina Exploration* (2003, Tribunal de Apelaciones Bogarting, Noruega), citadas en BULLEN (2011), p.297.

¹⁴³ WITTENDORFF (2010a), p.314.

¹⁴⁴ Vid. *infra* apartado 4.1.2.1.

válidos entre ellos genera un claro incentivo a los grupos multinacionales para situar renta en Estados cuyo régimen tributario determine una menor tributación¹⁴⁵. La normativa sobre precios de transferencia es útil para atajar este problema. No obstante, las consecuencias de la aplicación del principio de plena competencia van más allá. En ciertos supuestos, la realización de ajustes impedirá movimientos de beneficios en los términos comentados, pero a la vez resultará en una distorsión provocada por el hecho de que la norma no reconoce, o reconoce de manera eficiente, la existencia de operaciones que partes vinculadas acometerían exclusivamente o de manera distinta al modo de operar de sujetos independientes, debido en ambos casos a la naturaleza de los grupos empresariales y no a una motivación fiscal¹⁴⁶.

El *arm's length principle* exige ajustar los beneficios logrados por entidades vinculadas para reflejar aquellos que partes independientes hubiesen obtenido en circunstancias idénticas o muy similares. El resultado derivado del ajuste deberá ser acorde a la necesidad de reflejar qué hubiese sucedido de habernos encontrado ante entidades no vinculadas de acuerdo con la ficción impuesta. Es así que la norma -en su enunciación- obvia la lógica económica que sustenta la actuación de los grupos empresariales y que justifica su propia existencia frente a la operativa de entes no vinculados: la superación de ineficiencias derivadas de operar en mercados de competencia imperfecta.

La principal diferencia relevante a la hora de escoger un modelo de expansión basado en la creación de filiales frente a la operativa a través de partes independientes reside en la relación coste/beneficio: si se escoge el empleo de filiales, tal opción lleva asociada una serie de costes derivados de la creación de una infraestructura apropiada para desarrollar la actividad económica. Una vez superados, la rentabilidad que genera la filial es superior comparada con una expansión basada en negocios con partes independientes. Si partimos de una concepción basada en la eliminación de incentivos o desincentivos fiscales a la hora de elegir entre una u otra opción, el papel que juega la normativa sobre precios de transferencia a la hora de revertir situaciones de traslado de beneficios generadas exclusivamente por una motivación fiscal -derivada de las disparidades existentes en los diferentes Estados en el gravamen sobre la renta- es

¹⁴⁵ AVI-YONAH (1995), p. 90. ROBERTSON (1996), p.180. CHORVAT (2003), p.1252. AVI-YONAH; CLAUSING; DURST (2009), p.498, 500. UN-PMTP13, par.1.2.5.

¹⁴⁶ Vid. KAUDER (1974), p.3. EDEN (1998), p.106. GREGORIO (2011), p.39. GUSTAFSON; PERONI; PUGH (2011), par.8010.

acertado. No cabe sostener lo mismo sin embargo en aquellas situaciones en que la ventaja económica no se genera en el plano fiscal, sino a partir de ventajas competitivas derivadas de elementos estratégicos u organizativos. En estos casos, la normativa sobre precios de transferencia crea distorsiones en lugar de evitarlas, al ir en contra de la lógica económica de los grupos de empresa. Por ello, afirmar que el *arm's length principle* sirve para determinar el precio “correcto” de una operación es, en ciertas ocasiones, un despropósito¹⁴⁷. Más adelante mencionaremos ejemplos que ilustran tal afirmación.

Para explicar la existencia del escollo planteado, conviene centrarnos en el momento histórico en que el *arm's length* surge en el seno de la normativa estadounidense y a nivel internacional en el seno de la Sociedad de Naciones. A principios del siglo XX, las empresas carecían de elementos para coordinar la acción de sus componentes vinculados en lo referido a las relaciones comerciales que mantenían a nivel transfronterizo. La dirección de los grupos empresariales se encontraba descentralizada y cada miembro operaba atendiendo a sus propios intereses¹⁴⁸. En cambio, los avances tecnológicos desarrollados al finalizar la segunda guerra mundial -en especial en el campo del transporte y las telecomunicaciones- dan lugar a la creación de estructuras empresariales en que la centralización de funciones supone un gran avance para la eficiencia del grupo, en contraposición a las estructuras atomizadas que imperaban hasta entonces y que eran la base sobre la que la lógica del *arm's length* se sustentaba¹⁴⁹. La adopción de una estrategia que no explote las ventajas derivadas de la actuación en grupo provoca fallas en la optimización de la actuación empresarial, con la consiguiente pérdida en competitividad.

¹⁴⁷ Vid. DEVEREUX; KEUSCHNIGG (2009), p.1-2. En este sentido SCHÖN (2014), p.292 afirma que el *arm's length standard* simplemente no es fiable desde una perspectiva de política fiscal como criterio de reparto en supuestos de operaciones intragrupo. Ya advertía de ello incluso el propio Congreso de los Estados Unidos, el principal impulsor de la norma y de su evolución hasta nuestros días, vid. UNGERMAN (1989), p.1122, “la operativa de partes independientes y vinculadas difiere fundamentalmente. Las multinacionales operan como una unidad económica”, H.R. Rep. No.426, 99th Cong., 1st Sess. 420 (1985), p.423, 424. LASHBROOKE (1989) indica que “la necesaria relación de competencia que encierra el núcleo del *arm's length* no puede ser imitada entre partes vinculadas”, Staff of Joint Comm. Of taxation, 99th Cong., 2nd Sess., General Explanation of the Tax Reform Act of 1986, p.1014, 1015.

¹⁴⁸ AVI-YONAH; CLAUSING; DURST (2009), p.503.

¹⁴⁹ PAGAN; WILKIE (1993), m.no.1.21. GAMMIE (2003), p.207. BRAUNER (2008), p.102; KOBETSKY (2008), p.376. AVI-YONAH; BENSHALOM (2011), p.376. HENSHALL (2013a), m.no.1.6. KOFLER (2015), m.no.29. UN-PMTP13, par.1.1.2.

Existen ventajas económicas de suma importancia a la hora de definir la posición competitiva de un grupo empresarial frente a un equivalente no vinculado, derivadas de la ordenación de los factores de producción a lo largo de la cadena de valor a través de unidades económicas relacionadas. Es precisamente la relevancia de estas ventajas la que justifica la existencia de los grupos multinacionales¹⁵⁰, que logran esquivar así las imperfecciones del mercado¹⁵¹. Nos referiremos a continuación a cuatro factores determinantes en este sentido cuyos efectos no reciben un tratamiento adecuado o directamente son desconocidos –y por tanto irrelevantes- para el *arm's length standard*¹⁵².

La eliminación de costes de transacción.

Los costes de transacción surgen en el marco de operaciones llevadas a cabo en mercados de competencia imperfecta debido a asimetrías en la información, costes de negociación y costes de vigilancia y ejecución¹⁵³. Esta circunstancia genera ineficiencias que son inherentes a las relaciones entre agentes económicos que no poseen toda la información pertinente para llevar a cabo una transacción, lo cual deriva en actuaciones potencialmente irracionales. Precisamente una de las razones de la existencia de grupos de empresa es la eliminación de este tipo de ineficiencias¹⁵⁴, puesto que los costes de transacción presentes en el mercado son sin duda mayores que los costes internos de organización de los grupos de empresa¹⁵⁵.

La generación de sinergias y economías de escala.

La generación de sinergias implica una cooperación entre partes que dará lugar a que se generen más beneficios que los que obtendrían partes independientes en condiciones similares. Dicho con otras palabras, el todo es mayor que la suma de las partes¹⁵⁶. La

¹⁵⁰ HIGINBOTHAM et al. (1987), p.332. AVI-YONAH; CLAUSING; DURST (2009), p.501.

¹⁵¹ EDEN (1998), p.130-131. BOOS (2003), p.1.

¹⁵² BREM; TUCHA (2005), p.6.

¹⁵³ DAHLMAN (1979), p.148.

¹⁵⁴ En palabras de COASE (1937), p.392, “una operación de mercado cuesta recursos y el hecho de formar una organización y permitir que una autoridad (la matriz) asigne recursos deriva en un ahorro de ciertos costes”.

¹⁵⁵ FRIS (2003), p.198. VAN DER MEER-KOOISTRA (2004), p.192. BAISTROCCHI (2012), p.22. LOSTUMBO et al. (2015), p.709.

¹⁵⁶ GRANFIELD (1993), p.100-101. SADIQ (2004b), p.245. ERASMUS-KOEN (2009), p.107-108. EDEN (2015), p.14 KOFLER (2015), m.no.32. En FEINSCHREIBER, R.; KENT, M. (2012), p.14 se advierte que no hay criterios objetivos disponibles para asignar los beneficios derivados de las economías de escala en el marco del principio de plena competencia.

generación de economías de escala por otra parte implica la obtención de una ventaja en costes derivadas de la reducción en el coste unitario de producción a medida que el empleo de factores de producción e *inputs* aumenta. Ambas no son posibles en el ámbito de las operaciones llevadas a cabo entre partes independientes salvo en supuestos de colaboración explícita y expresa entre empresas, que en último término podrían dar lugar a la aplicación de la normativa sobre operaciones vinculadas por existir relaciones de control. Estas ventajas justifican la existencia de los grupos de empresa, hasta tal punto que se ha llegado a afirmar que el límite teórico de expansión por esta vía –operativa con filiales en lugar de con terceros independientes- se sitúa en el punto en que los costes derivados de una operación vinculada igualan los costes de acometer operaciones idénticas en el mercado¹⁵⁷.

La posibilidad de excluir competidores a través de la fijación de un precio equivalente al coste marginal en fases intermedias del proceso de producción.

En un grupo de empresas con estructura vertical, en cada fase del proceso de producción se crea valor añadido al producto. No obstante, esta circunstancia no tiene por qué verse reflejada en el precio en cada eslabón de la cadena, dado que el negocio se efectúa entre entidades vinculadas y desde una lógica empresarial no es imprescindible retribuir el valor añadido, dado que existen otras maneras de financiar a cada miembro del grupo¹⁵⁸. En estos casos la remuneración por el valor añadido se obtendrá cuando el producto se transfiera a un comprador externo al grupo.

En términos competitivos un precio que iguale el coste marginal del producto a lo largo del proceso de producción supone la obtención de una ventaja en costes, que generará una mayor demanda y la obtención en última instancia de mayores beneficios derivados de una mayor eficiencia en la asignación de recursos¹⁵⁹. Con ello se consigue eliminar el efecto de doble marginalización¹⁶⁰, que surge cuando el fabricante carga un precio al

¹⁵⁷ UN-PMTP13, par.2.2.3, 2.2.4.

¹⁵⁸ BURKE (2011), p.624 indica en este sentido que una empresa integrada en un grupo tendrá un coste de capital más bajo que una no vinculada dado que la primera adolece de un menor riesgo de insolvencia y de menos dificultades para acceder a financiación, por lo que cabe que exija un margen menor en cada transacción.

¹⁵⁹ DWARKASING (2011), p.22.

¹⁶⁰ La doble marginalización surge cuando el fabricante carga un precio al distribuidor superior al coste marginal. Este precio que el distribuidor ha tenido que pagar formará parte del coste marginal de su actividad. Vid. HIGINBOTHAM (1998), p.23. CHOE; HYDE (2004), p.1.

distribuidor superior al coste marginal. Este precio que el distribuidor ha tenido que pagar formará parte de su coste marginal.

Este sistema de fijación de precios normalmente culminará en la expulsión del mercado de competidores y la consiguiente elevación de barreras de entrada puesto que empresas independientes tendrán dificultades en mantener su negocio con un nivel de márgenes tan ajustado¹⁶¹, con lo que la empresa integrada verá aumentada su cuota y poder de mercado.

En consecuencia, el punto de partida para una política de precios intragrupo óptima es el coste marginal, no el precio de mercado¹⁶².

La posibilidad de coordinar unidades de producción a la hora de fijar la política de estrategia empresarial.

Los precios de transferencia se emplean asimismo para asignar recursos económicos entre empresas de grupo y así lograr su coordinación de manera eficiente¹⁶³. Mediante una política de precios de transferencia adecuada, los gestores del grupo pueden adoptar decisiones adecuadas sobre si resulta más eficiente acudir al mercado o a entidades de grupo ante una operación determinada, así como la distribución eficiente de sus recursos financieros¹⁶⁴. Por ejemplo, la centralización de la gestión del capital financiero de una multinacional permite optimizar las decisiones de financiación de acuerdo a los méritos de cada oportunidad de negocio que se presenta, eliminando posibles distorsiones causadas por el propio interés de los operadores locales¹⁶⁵.

También cabe citar el planteamiento de DEVEREUX y KEUSCHNIGG en relación a un supuesto de fabricación de componentes por parte de una sociedad filial situada en el

¹⁶¹ HIGINBOTHAM (1998), p.236. DURST (2011), p.439 señala que en ciertas industrias y mercados es imposible operar mediante negocios no integrados. COTTANI (2014), p.2 señala los ejemplos del sector del automóvil y el farmacéutico. En el mismo sentido, SADIQ (2004a), p.79. AVI-YONAH; BENSHALOM (2011), p.377.

¹⁶² SCHÖN, W. (2011a), p.39 se apoya en literatura económica para sostener esta afirmación. Indica con acierto el profesor alemán en un trabajo posterior que “las normas internacionales sobre precios de transferencia parten de una situación opuesta, tomar el precio de mercado de un bien o servicio como la mejor estimación para la política de precios de transferencia intrafirma”, SCHÖN, W. (2012), p.53-54.

¹⁶³ HAMAEEKERS (1997), p.3. EDEN (1998), p.13. HAMMER et al. (1999), 3-5. LOWELL; MARTIN (2010), 3-3. SADIQ (2004b), p.248. ANDERSON et al. (2016), p.3.

¹⁶⁴ Vid. COTTANI (2014), p.27.

¹⁶⁵ ARANA LANDÍN (2001), p.51. VERLINDEN et al. (2015), p.7.

extranjero de una matriz que posee los derechos de propiedad industrial necesarios para llevar a cabo tal labor. Indican estos autores que aún eliminando el componente fiscal, se tiende a incrementar el precio por el producto y disminuir el pago de regalías para aumentar la renta disponible del fabricante y promover en consecuencia una estructura de capital óptima para recabar financiación ajena a un coste menor. El retorno de beneficios tendrá lugar en su caso en forma de distribución de dividendos. Tal práctica no sería posible en una situación idéntica planteada entre partes independientes y esa es precisamente la razón por la cual –de nuevo, eliminando consideraciones fiscales del razonamiento- la empresa adquirente intentará lograr un precio más bajo y aumentar el cobro de regalías¹⁶⁶.

Según hemos tenido ocasión de comprobar más arriba¹⁶⁷, en el marco de la normativa sobre precios de transferencia, la adopción del enfoque de ficción limitada conducirá al reconocimiento de la existencia de beneficios derivados de la eliminación de costes de transacción, la existencia de sinergias y el aprovechamiento de economías de escala, ya que el ajuste se produce sobre las condiciones de la operación, no sobre las circunstancias que la rodean. En este sentido, el problema reside en realidad en la distribución de ese beneficio extra entre las partes intervinientes, puesto que no existirán referencias sobre la actuación de partes independientes en mercado al respecto¹⁶⁸.

La asunción del enfoque de ficción plena implicaría sin embargo desconocer por completo estas realidades. Este hecho no sólo provoca distorsiones en la economía tanto a nivel agregado¹⁶⁹ como a nivel de grupo¹⁷⁰, sino que también implica numerosos problemas a la hora de llevar a cabo el análisis de comparabilidad sobre el que se asienta el modelo *at arm's length*¹⁷¹. El beneficio extra logrado por razón de

¹⁶⁶ DEVEREUX; KEUSCHNIGG (2009), p.3.

¹⁶⁷ Vid. *supra* apartado 1.2.2.

¹⁶⁸ La discusión referida a la manera en que tales beneficios se deben repartir no se abordará en este trabajo por no existir relación directa con su objeto de estudio.

¹⁶⁹ Contra PALACÍN SOTILLOS et al. (2013) , p.67, “el principio que mejor vela por los intereses del comercio internacional y por el fortalecimiento de las condiciones de libre competencia entre empresas”.

¹⁷⁰ SARSON; BOYLE; LARKIN (2012), p.6 indican que la política de precios de transferencia de un grupo empresarial muchas veces depende del departamento fiscal o financiero y en consecuencia se enfoca al cumplimiento de obligaciones de información financiera o fiscal en lugar de a la asignación eficiente de recursos y toma racional de decisiones a nivel agregado. Si bien esto se podría solucionar adoptando un sistema dual de precios de transferencia –a nivel táctico y a nivel financiero/fiscal- normalmente se opta por un sistema unívoco para evitar confusiones.

¹⁷¹ ZINN; RIEDEL; SPENGEL (2014), p.355.

vinculación bien no atribuirá a ninguna de las partes, de tal forma que en un plano internacional, carecería de potestad para gravar esta renta tanto el Estado que aplique el ajuste primario como el Estado que deba efectuar un ajuste correlativo¹⁷².

No obstante los errores que acarrea en su concepción, el mandato que impone la norma resulta meridianamente claro. El *arm's length principle* es ley¹⁷³, es un mandato al que se debe dar cumplimiento¹⁷⁴ y no corresponde modificar tal mandato sino al legislador de cada Estado que ha implantado este sistema de reparto de rentas entre miembros de un grupo empresarial¹⁷⁵. Precisamente queremos resaltar que pese a las deficiencias señaladas, el principio de plena competencia continúa siendo el criterio clave para la distribución de beneficios entre entidades de grupo. No es pretensión del presente trabajo el plantear alternativas a su actual construcción. Antes al contrario, esta tesis se sustenta precisamente en su contenido actual y por ello debe reputarse *de lege lata*, según hemos tenido ocasión de expresar en la introducción de este trabajo. La correcta definición de los límites del *arm's length standard* es necesaria para abordar el estudio de los ajustes transaccionales y esta tarea incluye necesariamente conocer las áreas en que este principio se desmarca de la realidad empresarial de grupos empresariales, aspecto que será crucial para comprender el alcance de aquellos.

1.1.3.2. La complejidad del principio de plena competencia genera un sistema de dos velocidades.

¹⁷² En el mismo sentido, AVI-YONAH (1995), p.148-149; AVI-YONAH (1996), p.1343-1344; RUSSO (2011), p.170-171. MORSE (2013), p.14221. SCHOUERI (2013), p.217-218. KOFER (2015), m.no.29. KOOMEN (2015b), p.230. MORGAN (2015), p.111. Cierta doctrina sostiene que la aplicación del método del reparto de beneficio resolvería este problema al repartir el beneficio global entre las partes, vid. por todos FRANCESCUCI (2004), p.73. TPG par.2.108 se refiere al reparto de los “resultados conjuntos” obtenidos por las entidades asociadas. Sin embargo esta posición carece de base normativa; la atribución de la porción de beneficio derivada de la actuación en el mercado como grupo empresarial resulta impracticable atendiendo al mandato de la regla *at arm's length* ya que tal resultado vulnera su contenido de manera frontal como hemos tenido ocasión de comprobar.

¹⁷³ Por supuesto, en aquellos Estados que hayan decidido implantar esta figura y en el ámbito de los CDI que contengan una cláusula similar a la del art.9 MCOCDE14/MCONU/MCEEUU.

¹⁷⁴ FORST (2013), p.655 enuncia esta idea a la perfección: “aunque a ciertas instancias no les guste el resultado derivado de la aplicación de la ley, eso no cambia su contenido”.

¹⁷⁵ En el mismo sentido, BRAUNER (2008), p.103 critica que “hay una fuerte preferencia por el cambio en la interpretación a través del ‘masaje’ de las normas y conceptos, y una convicción casi religiosa de que conceptos viejos son buenos para atender realidades nuevas si los moldeamos de manera oportuna”.

La normativa sobre precios de transferencia es prolija y compleja, atributos que tienden a agudizarse en contra de lo que sería deseable¹⁷⁶, esto es, un sistema menos dispar y más sencillo de aplicar en la práctica¹⁷⁷. Si bien la legislación de buena parte de los Estados sigue las pautas fijadas por la OCDE –de hecho uno de los argumentos más recurrentes para sostener la pertinencia del *arm's length* como método de reparto de rentas reside en su amplia acogida¹⁷⁸–, existen diferencias notables entre los distintos regímenes internos, que entre otros problemas, pueden desembocar en supuestos de doble imposición. Un ejemplo que se suele señalar es la dispar definición del concepto de entidad vinculada en cada Estado, puesto que la definición de partes vinculadas –y por tanto la de partes independientes– no es idéntica en todos los Estados¹⁷⁹.

La complejidad es un factor relevante a tener en cuenta en una doble vertiente. Por un lado, la amplitud del mandato que impone el *arm's length*, cuya aplicación depende de las circunstancias concretas de cada caso, genera en ciertas ocasiones una suerte de zona gris que constituye una ventaja decisiva para contribuyentes de cierta entidad que acuerden transacciones en las que una pequeña variación en el rango puede suponer un ahorro fiscal considerable. El sistema está diseñado para que contribuyentes que se tomen en serio su política sobre precios de transferencia puedan estructurar sus negocios de manera ventajosa frente a quienes no tienen los medios o la voluntad para hacerlo¹⁸⁰. En última instancia el *arm's length standard* paradójicamente ofrece incentivos para situar beneficios en países de baja tributación¹⁸¹ a base de forzar los

¹⁷⁶ COOPER (2013), p.115 critica con dureza la complejidad del ámbito de los precios de transferencia al afirmar que este ámbito “a menudo da la impresión a los legos que esta materia carece del tipo de rigor que caracteriza a otros problemas –más tradicionales– de derecho tributario internacional. Parece que nos encontramos ante una caja sellada, de contenido oscuro, en la que los especialistas hablan un dialecto especial, se comunican solamente los unos con los otros y emplean métodos de análisis que son arcanos y totalmente ficticios. Hay mucha literatura y fundamentos teóricos profundos, pero tan abstrusos y artificiales que han dejado de ser convincentes”.

¹⁷⁷ Vid. en el mismo sentido AVI-YONAH; CLAUSING; DURST (2009), p.502.

¹⁷⁸ Vid. TPG par.1.1 se refieren al *arm's length principle* como “estándar internacional”; ANDRUS; BENNET; SILBERZTEIN (2011), p.495 señalan que cualquier desviación del *arm's length principle* “supondría amenazar el consenso alcanzado a nivel internacional”.

¹⁷⁹ DURST (2012b), p.551. FRIS; GONNET (2010), p.102 señalan este problema al hilo de la necesaria independencia del comparable que se escoja.

¹⁸⁰ BRAUNER (2003), p.274. BRAUNER (2012), p.170 se muestra especialmente crítico al aseverar que “el régimen de precios de transferencia ha creado de la nada una enorme industria resultante del despilfarro económico que existe, sólo para satisfacer las necesidades de valoración generadas”. Según SHAY; FLEMING; PERONI (2009), p.125 el contribuyente dispone de una amplia capacidad de maniobra sobre los hechos necesarios para tomar decisiones acertadas en la materia. En el mismo sentido, BENSHALOM (2013), p.427. ROSENZWEIG (2015), p.384.

¹⁸¹ SADIQ, K. (2004b), p.200. AVI-YONAH, R. (2009), p.501. VANN, R. (2010), p.313. Vid. *European Parliament Draft Report on tax rulings and other measures similar in nature or effect (2015/2066(INI))*,

límites del precio aceptable¹⁸². Incluso, la planificación puede ir más allá de la mera valoración de operaciones y abarcar también sus condiciones. Por ejemplo, desde un punto de vista económico, no tiene sentido que una entidad cargue a otra una prima de riesgo a cambio de lidiar con un riesgo que en principio debería soportar ésta, puesto que el riesgo en última instancia se sitúa en los accionistas últimos del grupo. Sin embargo, desde una perspectiva *at arm's length*, el pago de una prima de riesgo es obligatorio, con las oportunidades de planificación que ello conlleva, al permitir el traslado de beneficios de una jurisdicción a otra¹⁸³.

Con todo, la planificación en precios de transferencia responde a la propia naturaleza de un grupo, que es maximizar el beneficio del conjunto. La dialéctica resultante del hecho de que el *arm's length* trate de reflejar a efectos fiscales la operativa de partes independientes y la realidad estratégica de los grupos empresariales deriva en la constante tensión a que se ve sometido este principio¹⁸⁴. No es nuestra intención el cuestionar la legitimidad de tales prácticas, sino evidenciar que el objetivo de lucha contra la erosión de bases y el traslado de beneficios dista de verse alcanzado.

Por otro lado, la situación dispar que genera la normativa actual sobre precios de transferencia no atañe únicamente al contribuyente, sino también a la administración tributaria y los recursos de que dispone para gestionar de manera eficiente y efectiva la aplicación correcta de la norma. Normalmente los medios de los grandes contribuyentes superan con creces los disponibles en la administración, lo cual genera una situación de desventaja a la hora de valorar si en cada supuesto el análisis de comparabilidad preceptivo y demás requisitos que exige la normativa se han satisfecho de manera diligente¹⁸⁵. Este problema se acentúa sobre todo en el entorno de países en vías de

par.16 donde se indica que el 72% de la desviación de beneficios (profit shifting) en la UE se logra a través de planificación fiscal a través de precios de transferencia, según datos de la Comisión Europea plasmados en el documento *Commission staff working document of 17 June 2015 on Corporate Income Taxation in the European Union (SWD(2015)0121)*.

¹⁸² BRAUNER, Y. (2008), p.161. SHAY, S.; FLEMING, C.; PERONI, R. (2009), p.126.

¹⁸³ Vid. SCHÖN (2015), p.291.

¹⁸⁴ En el mismo sentido, vid. FLEMING; PERONI; SHAY (2014), p.2-3.

¹⁸⁵ Vid. BENSHALOM (2008), p.622. BRAUNER (2012), p.169. ROBERTSON (1996), p.190 indica con acierto que el problema de la incorrecta aplicación de la normativa sobre precios de transferencia es un arma de doble filo: por un lado podría causar doble imposición y por otro, pérdidas de recaudación injustificadas.

desarrollo¹⁸⁶, en que la información acerca de comparables es relativamente escasa comparada con el entorno de países desarrollados –donde también existen problemas en este sentido–, factor que complica sobremanera un tratamiento adecuado del problema¹⁸⁷ y resulta en un incremento de la conflictividad entre contribuyentes y administraciones tributarias¹⁸⁸.

1.2.4. Finalidad del principio de plena competencia.

El estudio de las características del *arm's length standard* y su funcionamiento nos ha permitido extraer conclusiones suficientes como para abordar el problema de la finalidad y efectos de este principio, cuestión de especial relevancia para este trabajo a efectos de fijar criterios de interpretación válidos a la hora de abordar el problema de los ajustes transaccionales. En este sentido, comprobaremos a continuación que los objetivos de lucha contra el abuso e igualdad que informaron la creación de la norma a principios del siglo pasado han quedado totalmente desdibujados, en gran parte debido a los factores señalados en el apartado anterior. Así las cosas, entendemos que es más apropiado analizar los efectos de este principio en vez de tratar de discernir su finalidad, que identificaremos en última instancia con el mero reparto convencional de rentas, criterio que por otra parte no es útil para la tarea de interpretación.

1.2.4.1. El principio de plena competencia no logra la igualdad de trato fiscal en operaciones entre partes independientes y partes vinculadas.

¹⁸⁶ De hecho, autores como KAUDER (1974), p.45. LAMONT (1975), p.430 anunciaron hace más de 40 años que el criterio de plena competencia podría ir en detrimento de los intereses de países en vías de desarrollo.

¹⁸⁷ ANDRUS, J. L.; BENNET, M. C.; SILBERZTEIN, C (2011), p.495. SILVA (2015), p. 1465. En UN-PMT13, par.1.10.6 se indican los motivos de la dificultad añadida para lograr una implantación efectiva de la normativa sobre precios de transferencia en países en vías de desarrollo. Cfr. OWENS (2009), p.32-33 quien señala que los países desarrollados tardan entre 10 y 20 años en adoptar normativa sobre precios de transferencia adecuada a sus circunstancias económicas, e invita a que países en vías de desarrollo recorran el mismo camino.

¹⁸⁸ DURST (2015), p.170. Una solución intermedia propuesta por doctrina brasileña consiste en el establecimiento de márgenes predeterminados dentro del marco del principio de plena competencia, de suerte que se mantenga su idiosincrasia pero permitiendo el establecimiento de “puertos seguros” para rebajar las exigencias probatorias propias de este régimen. Vid. ILARRAZ (2014), p.232. SCHOUERI (2015), p.699-700.

Uno de los principales motivos que, a juicio de la OCDE, justifica la introducción del parámetro *at arm's length* consiste en lograr la paridad en el tratamiento fiscal de las operaciones efectuadas entre entidades vinculadas y entidades independientes¹⁸⁹. HAMAEEKERS ha denominado a esta idea el “principio de neutralidad”¹⁹⁰. SCHOUERI identifica el principio con el criterio de capacidad económica y por tanto con la igualdad de trato entre contribuyentes -vinculados y no vinculados- que obtienen las mismas rentas y que por tanto deben ser gravados de igual forma¹⁹¹. Aunque en ciertos supuestos este objetivo se logrará, en otros casos la aplicación del *arm's length standard* se reputará contraria a esta meta.

Hemos comprobado en el apartado anterior que la operativa de grupo y la de partes independientes no es coincidente en términos económicos ni organizativos y por ello ambas situaciones no son comparables¹⁹². Es más, el hecho de intentar otorgar un tratamiento igual a situaciones desiguales¹⁹³ podría dar lugar en última instancia a la existencia de discriminación. Esa situación de paridad resulta inalcanzable siquiera en una situación en que podamos afirmar que existe una comparabilidad perfecta, ya que -según reconoce el propio HAMAEEKERS años más tarde- los costes de cumplimiento derivados de la aplicación de la normativa sobre operaciones vinculadas siempre irán en detrimento de los grupos empresariales en comparación con sujetos independientes, que no los tendrán que asumir¹⁹⁴. De hecho, SCHOUERI indica con acierto que las

¹⁸⁹ En TPG par.1.8 se indica que el principio de plena competencia facilita el crecimiento del comercio y de las inversiones internacionales al excluir las consideraciones fiscales de la toma de decisiones económicas; Treas. Reg. 1.482-1(a). BULLEN (2011), p.143 señala jurisprudencia estadounidense se refiere a esta misma idea desde los años 70, vid. *Commissioner v. First Security Bank of Utah* (1972, Tribunal Supremo, Estados Unidos); *Sundstrand Corporation v. Commissioner* (1991, Tribunal Fiscal, Estados Unidos); *DHL Corporation v. Commissioner* (2002, Tribunal de apelaciones, noveno circuito, Estados Unidos). Vid. asimismo *IRS 1988 White Paper on intercompany pricing*, p.82. UN-PMTP13, par.1.4.10, 1.4.12. GRANFIELD (1993), p.100. CHORVAT (2003), p.1256. BLACKBURN (2002), p.429. FEINSCHREIBER; KENT (2012), p.11-12 indican que las *Guidelines*, a pesar de mencionar el concepto de paridad, no aciertan a definirlo.

¹⁹⁰ HAMAEEKERS (1992), p.603, también mencionado en DWARKASING (2013), p.415. COTTANI (2014), p.31.

¹⁹¹ Esta idea es una constante en buena parte de los trabajos del profesor de São Paulo referidos a precios de transferencia: SCHOUERI (2006), par.1.3. SCHOUERI (2008), p.834. SCHOUERI (2009), p.120. SCHOUERI (2013), p.215. SCHOUERI (2014a), p.96. SCHOUERI (2015), p.695. En España expresa la misma idea MORENO FERNÁNDEZ (1999), p.28.

¹⁹² En el mismo sentido, LEBOWITZ (1999), p.1201. RÖDER (2012), p.127. BRAUNER (2010), p.562 indica que “no hay nada especial acerca de la paridad (en términos de valoración) entre partes vinculadas e independientes, o entre transacciones de mercado y fuera del mercado”.

¹⁹³ Vid. RÖDER (2012), p.127.

¹⁹⁴ Vid. HAMAEEKERS (1998), p.297-298. WICKHAM; KERESTER (1992), p.413, ya criticaban a principios de los 90 los desmesurados costes de cumplimiento que la normativa de precios de

administraciones tributarias son proclives a tolerar la complejidad de ciertas parcelas del sistema tributario -como la relativa a las operaciones entre partes vinculadas- cuando este factor se encuentra ligado al aspecto recaudatorio, lo cual supone a su vez ignorar que si un sistema es demasiado complejo, los principios de igualdad y neutralidad se ven sacrificados de manera inevitable¹⁹⁵, ya que se debería tener en cuenta no sólo la cuota final a pagar sino también los costes de cumplimiento¹⁹⁶.

Incluso desde la óptica del enfoque de ficción limitada, en que se tienen en cuenta circunstancias de grupo, no se cumple íntegramente con el mandato de igualdad entre partes vinculadas y partes independientes que cierta doctrina preconiza. Sí se logra igualar la situación de operaciones vinculadas respecto de otras también vinculadas que se sitúen en un mismo plano. Es decir, se logra equiparar el trato entre situaciones que sí son comparables. También se logra alcanzar el objetivo de neutralidad, pues a través de esta vía se eliminan las ventajas que en el plano fiscal podrían lograr partes vinculadas a través de acuerdos contrarios al criterio de libre competencia. De hecho, no solamente se iguala el trato fiscal de partes vinculadas entre sí al respecto de los beneficios derivados de su actuación como grupo, sino también de las posibles pérdidas que puedan surgir como consecuencia de una actuación ineficiente en el mercado¹⁹⁷.

Por último, cabe señalar que la consecución de la igualdad de trato entre sujetos vinculados y empresas independientes en circunstancias similares quiebra en ciertos casos debido a la configuración de la norma *at arm's length* interna de ciertos Estados¹⁹⁸, que impide la realización de ajustes a la baja (*downward adjustments*) en determinados supuestos.

transferencia demandaban. En la actualidad, dado que estas reglas han alcanzado un nivel de sofisticación mayor y las exigencias de documentación han crecido en paralelo, este argumento cobra todavía más relevancia. MAYER (2009), p.16 señala que el ámbito de los deberes de documentación muchas veces no distingue únicamente entre operaciones vinculadas y entre partes independientes, sino también entre operaciones internas y transnacionales en aquellas jurisdicciones en que la normativa de operaciones vinculadas se aplica sólo en este segundo caso. BRAUNER (2015), p.72 indica que las ineficiencias que introduce el *arm's length standard* en el mercado se ven amplificadas por los costes de cumplimiento.

¹⁹⁵ SCHOUERI (2015), p.705.

¹⁹⁶ SCHOUERI (2015), p.706.

¹⁹⁷ ANDRESEN (2015), p.720.

¹⁹⁸ En Australia, sección 815-830(1) ITAA. En Alemania, par.1, inciso 1 AStG. En Estados Unidos, en el ámbito del CWI, Memorandum AM-2007-007, p.2. En India, Sección 92(3), Ley del Impuesto sobre la Renta de 1991. En España, vid. art.16 TRLIS en la redacción anterior a la reforma del precepto operada por la Ley 36/2006, de 29 de noviembre, de medidas para la prevención del fraude fiscal.

1.2.4.2. El principio de plena competencia y la elusión fiscal.

La normativa sobre precios de transferencia, al establecer ajustes sobre los beneficios derivados de las operaciones entre partes vinculadas consigue eliminar –al menos desde una perspectiva teórica- tal incentivo ya que parte del monto total resultante del ajuste responde al traslado de beneficios sin aparente motivo más allá de una estrategia de optimización fiscal, reequilibrándose la situación con respecto a empresas que no operan a través de entidades vinculadas¹⁹⁹. Este planteamiento ha servido de base a cierta doctrina para sostener que la finalidad de la normativa sobre operaciones vinculadas es la lucha contra la elusión fiscal²⁰⁰, que además conecta con el ideal de igualdad expresado en los párrafos inmediatamente anteriores²⁰¹. No obstante, es complicado mantener tal afirmación, al menos por tres motivos fundamentales.

Primero, la propia enunciación del *arm's length* no establece parámetros que permitan afirmar tal posición, como podría ser la referencia a la inexistencia de motivos comerciales que justifiquen un precio distinto al que partes independientes hubiesen pactado²⁰². No se emplean criterios como el de la artificiosidad, resultados distintos del ahorro fiscal, motivos económicos válidos u otros similares como condición para la

¹⁹⁹ En este sentido, cierta doctrina distingue entre precios de transferencia “en general” y precios de transferencia “manipulados”, queriendo designar con esta segunda expresión la configuración intencionada de una política de precios entre entidades vinculadas dirigida a lograr minorar la carga fiscal en términos globales. Vid. KOBETSKY (2008), p.364; EDEN (1998), p.20.

²⁰⁰ Mantiene esta discutible posición la OCDE, vid. OCDE (2011), p.4 y cierta doctrina: AGULLÓ AGÜERO (1998), p.172. TORRES (1999), p.135. BAISTROCCHI (2005), p.950; POGOLEROVA, L. (2009), p.685; BRAUNER (2010), p.562. HARET (2010), p.129. BAKER, P. (2011) 9B.05. ALBANO (2015), p. 43. KOOMEN (2015a), p.152. QUINTAS BERMÚDEZ (1983), p.1007 llegó a sostener incluso que el régimen de precios de transferencia tiene un origen sancionador, posición que critica con acierto AGULLÓ AGÜERO (1998), p.169-170 al sostener que las normas que tratan de combatir la elusión fiscal no pueden calificarse automáticamente de sancionadoras. En el mismo sentido, vid. GARCÍA-HERRERA BLANCO (2001), p.49.

²⁰¹ Vid. SCHOUERI (2015), p.691.

²⁰² Vid. SURREY; TILLINGHAST (1971), p.9. PAGAN; WILKIE (1993), m.no.2.26. ARANA LANDÍN (2001), p.345. GARCÍA PRATS (2005b), p.36. BRAUNER (2012), p.168. RAUNIO (2015), p.30. HAMMER et al. (1999), 3-11,12. adoptan una posición confusa, pues si bien entienden que “el motivo de las partes” no es relevante, sí lo será “el propósito de la transacción”. No alcanzamos a entender la diferencia entre ambos conceptos ni la razón de que el segundo criterio sea relevante a efectos de cumplir con el principio de plena competencia. La misma postura se expresa en LOWELL; MARTIN (2010), 2-13. MÁLVAREZ PASCUAL; MARTÍN ZAMORA (1998), p.851 y ALONSO GONZÁLEZ (2007), p.72 van un paso más allá al sostener que “la dificultad de probar el ánimo de eludir el impuesto, en el caso de fraude de ley, y el acuerdo que queda oculto a los terceros, si se trata de simulación relativa, ha provocado el establecimiento del régimen de operaciones vinculadas, con el que se pretende obviar dichas dificultades probatorias”. Los autores parecen olvidar que para que exista fraude de ley deben cumplirse una serie de requisitos que van más allá de la prueba del ánimo de eludir el impuesto. Asimismo, el hecho de que exista simulación relativa no es incompatible con la aplicación de la normativa sobre operaciones vinculadas. Vid. *infra* apartado 3.1.1.3.

aplicación de la norma; siquiera el ahorro fiscal se encuentra presente en la configuración del *arm's length* como tal, aunque en ciertos ordenamientos se prevé la aplicación de la normativa sobre precios de transferencia solamente cuando exista una pérdida recaudatoria para el Estado, según hemos tenido ocasión de comprobar en el subapartado anterior. La lógica económica de las empresas multinacionales busca evitar las ineficiencias de operar en mercados transnacionales de forma fragmentada, unas veces para lograr una ventaja competitiva y otras para poder operar en mercados que requieren del empleo de este tipo de estructuras para ser rentables. El *arm's length* se aplica también sobre transacciones configuradas respondiendo a los parámetros indicados, que responden a sólidos motivos empresariales al margen del ámbito fiscal, e impone la realización de ajustes sin tener en cuenta estas consideraciones²⁰³.

Segundo, si bien la aplicación de este tipo de normas puede dar como resultado la imposibilidad para el contribuyente de eludir cierto nivel de tributación, éste hecho constituye uno de los posibles resultados de la norma, no su finalidad²⁰⁴. La OCDE sostiene esta misma idea al afirmar que el análisis de los precios de transferencia debe desvincularse claramente de la consideración de los problemas de fraude o elusión fiscal, aun cuando las determinaciones que se adopten en materia de precios de transferencia puedan utilizarse para dichos fines²⁰⁵.

Tercero, el hecho de que a través de una política de precios de transferencia determinada un grupo empresarial transfiera rentas de jurisdicciones en que el gravamen es más severo a otras donde es más laxo, no es indicativo por sí sólo de la existencia de abuso. Una identificación directa de ahorro fiscal y abuso conduce a que la único planteamiento no abusivo a la hora de definir una operación sea el más gravoso,

²⁰³ Vid. en el mismo sentido CALDERÓN CARRERO (1997), p.167. MARTÍN JIMÉNEZ; CALDERÓN CARRERO (2009), p.76. GARCÍA PRATS (2010a), p.529.

²⁰⁴ Cfr. STS 27 mayo 2014, caso *Consejo Superior de Colegios Oficiales de Titulares Mercantiles de España* (2014, Tribunal Supremo, España), donde se indica con acierto que “la necesidad de hacer ajustes para aproximarse a las condiciones de plena competencia surge con independencia de cualquier obligación contractual asumida por las partes de satisfacer un precio en particular o de cualquier intento de minimizar la imposición fiscal” y STS caso *BICC* 18 julio 2012 (2012, Tribunal Supremo, España), que expresa que “las reglas de valoración de las operaciones vinculadas cumplen *fundamentalmente* una función antielusiva” (la cursiva es nuestra). Según venimos defendiendo a lo largo de este apartado, ambos extremos no son incompatibles. Vid. LAGOS RODRÍGUEZ (2015), p.5.

²⁰⁵ TPG, par.1.2 *in fine*. En el mismo sentido, UN-PMTP13, par.1.1.7. Defiende esta misma idea KOFLER (2015), m.no.6.

resultado a todas luces inadmisibles²⁰⁶. Por otra parte, es importante no olvidar que el concepto de abuso varía en cada Estado, de manera que reputar en abstracto la finalidad de la normativa sobre precios de transferencia –que también presenta elementos distintos en cada Estado- como antielusión va más allá de una interpretación razonable de la misma.

En consecuencia, para que la aplicación de la norma se lleve a cabo de la manera más objetiva posible es necesario eliminar prejuicios que puedan entorpecer esta labor y que normalmente procederán del ámbito de la normativa para luchar contra la elusión fiscal ya que en caso contrario, podríamos arriesgarnos a vulnerar su mandato. Con todo, dentro de la existencia de un sistema de dos velocidades -descrito más arriba-, una vía de escape al alcance de la administración para evitar muchos de los problemas que acarrea la aplicación del *arm's length standard* consiste en adoptar una visión antiabuso de la norma, más familiar y cercana, para tratar de resolver controversias de índole puramente técnica a la vez que se potencia la recaudación por esta vía²⁰⁷. Esta visión, lejos de fomentar un adecuado cumplimiento de la norma²⁰⁸, aleja su aplicación práctica de la dicción y la finalidad para la que se diseñó²⁰⁹.

²⁰⁶ En HARET (2010), p.130 se vislumbra la confusión de ambos términos, pues la autora afirma que el propósito de la Ley brasileña n° 9.430/96, referida a la normativa sobre precios de transferencia, es antielusivo de acuerdo con las afirmaciones vertidas en el apartado 12 de la misma: se proponen normas que posibiliten el control de los denominados «precios de transferencia», con el fin de *evitar la práctica lesiva* a los intereses nacionales de transferencia de recursos al exterior, mediante la *manipulación de los precios pactados* (la cursiva es nuestra). De nuevo, la pérdida recaudatoria que supone la transferencia de beneficios a jurisdicciones extranjeras no ha de reputarse por sí misma como abusiva por las razones comentadas. Comete el mismo error la *Corte di Cassazione* (2013, Corte de Casación, Italia), en que incluso se menciona la doctrina antiabuso del TJUE como base para sostener el carácter antielusivo de la normativa sobre precios de transferencia italiana. Da cuenta de este error de enfoque BIZIOLI (2014), p.692 et seq.

²⁰⁷ VINCENT; LUQUET (2015), p.1476 advierten de este tipo de prácticas. El reflejo más claro en España probablemente sea la STS 18 julio 2012, caso BICC (2012, Tribunal Supremo, España), en que el tribunal obvia la realización de cualquier análisis técnico sobre precios de transferencia y otorga la administración una potestad para realizar ajustes tal que nos resulta imposible definir límites claros, puesto que tal potestad se extiende incluso a operaciones con partes no relacionadas. En el caso *W R Carpenter Holdings Pty Ltd v. Commissioner of Taxation* (2008, Tribunal Supremo, Australia) se determinó que la existencia de elusión o cuestiones referidas a la justicia o la apelación a lo razonable (fairness and reasonableness) son extrañas a la aplicación de la normativa sobre operaciones vinculadas. En la misma línea, en el caso *Daihatsu Australia Pty Ltd v. Commissioner of Taxation* (2001, Tribunal Federal, Australia) se señaló que argumentos basados en la buena fe de la actuación de la administración son “aventurados”. Vid. BUTLER; WHITE (2014), p.316.

²⁰⁸ En *U.S. Steel Corp. v. Commissioner of Internal Revenue* (1980, Tribunal de Apelaciones, segundo circuito, Estados Unidos) se indica con acierto que el *arm's length principle* “se creó para ser un estándar objetivo, que no depende de la ausencia o presencia de la voluntad que el contribuyente pueda tener en distorsionar el cómputo de su renta”.

²⁰⁹ El caso *McKesson Canada Corporation* (2014, Tribunal Fiscal, Canadá) es otro ejemplo de los prejuicios que introduce verter consideraciones relativas a la posible existencia de abuso en el marco de

Dicho esto, es previsible que ante la necesidad acuciante de acaparar recursos por parte de los Estados, cuyo paradigma a nivel internacional es el plan BEPS, determine un aumento de conflictividad derivado precisamente de la utilización *arm's length standard* como un estándar antielusión. A este respecto, es razonable prever que ante un esquema completo de la estructura de grupos multinacionales, en que la administración perciba un plan de optimización fiscal que resulte lo que discrecionalmente se podría considerar un pago de impuestos menor del que se debería, ésta pretenda cuestionarlo. Ante este escenario, aumenta el riesgo de que la argumentación de la administración para sustentar tales posiciones no se base en la aplicación estricta del *arm's length standard*, sino que pretenda ir más allá y emplear esta herramienta con los fines comentados, que no son los propios de este principio. La implementación progresiva de estas medidas y su uso atestiguará si nuestra advertencia termina materializándose.

1.2.4.3. La finalidad del principio de plena competencia es el reparto de rentas.

Una vez descartadas la idoneidad de la equiparación del trato fiscal entre vinculadas y no vinculadas y una posible finalidad antielusiva, los efectos del *arm's length principle* indican que ésta norma carece de objetivo concreto más allá de servir como pauta para atribuir rentas a miembros vinculados. Es una pura convención que cumple una finalidad referida estrictamente al ámbito recaudatorio²¹⁰. Incluso la OCDE reconoce esta finalidad cuando identifica el *arm's length* como una herramienta para la preservación de bases imponibles²¹¹, postura que se alinea a la perfección con el proceso BEPS²¹². Este aspecto es muy importante a la hora de interpretar la norma y de fijar los parámetros para su correcta aplicación, pues tal labor deberá llevarse a cabo de

aplicación de normativa sobre precios de transferencia. En el caso, McKesson Canada vende créditos comerciales a su matriz, descontando un 2,206 por ciento de su importe nominal. El Tribunal manifiesta que en el momento en que se efectúa la operación McKesson Canada no tiene motivos para deshacerse de los créditos porque no necesita liquidez adicional (par.9). Este hecho parece influir en la decisión del Tribunal, que entendió que era procedente realizar un ajuste primario a pesar de que el citado porcentaje se encontraba dentro del rango de precios razonable, puesto que “lo contrario supondría premiar a contribuyentes ambiciosos que pretenden que el Tribunal refute una política de precios de transferencia lo más permisiva posible” (par.357). Vid. LINDSAY; POON (2014), p.4.

²¹⁰ Vid. en el mismo sentido COMBARROS VILLANUEVA (1988), p.24-25. CLARK (1993), p.1161-1162. PAGAN; WILKIE (1993), m.no.1.30. HAMMER et al. (1999), 3-6. NEIGHBOUR; OWENS (2002), p.956. RAVENTÓS CALVO, S. (2009), p.42. RUIZ ALMENDRAL (2013), p.162.

²¹¹ vid. OCDE 2011 *Legislación en materia de precios de transferencia - propuesta de enfoque*, p.2

²¹² OECD 2013 *Addressing Base Erosion and Profit Shifting*, p.13. Vid. BECKER; DAVIES (2015), p.2

manera aséptica²¹³, sin que podamos tomar en consideración un resultado concreto más allá del que la norma pretende: la asignación de beneficios atendiendo a aquello que partes independientes hubiesen acordado. Esta idea, por muy obvia que pueda parecer, en ciertas ocasiones se abandona por mero pragmatismo²¹⁴ o para evitar resultados que puedan ser considerados abusivos²¹⁵. BRAUNER apunta con acierto que incluso los más ávidos defensores del *arm's length standard* –la OCDE y EEUU- se desvían constantemente de su contenido esencial por estos motivos²¹⁶. A lo largo del presente trabajo podrá el lector comprobar que tal reflexión no es baladí, sino un pilar central para resolver el problema de la realización de ajustes transaccionales conforme al *arm's length principle*.

La repercusión del análisis de la finalidad y efectos del principio de plena competencia sobre el análisis del ajuste transaccional reside precisamente en la tarea de interpretación del primero para definir el alcance y limitaciones del segundo. Cabe destacar dos ideas al respecto. Por un lado, los ajustes transaccionales no sirven para concretar el principio de igualdad porque se igualan situaciones que no son comparables, a saber, una operación vinculada que no encuentra comparables y que sujetos independientes no hubiesen llevado a cabo en las mismas circunstancias respecto de la operación más próxima que sujetos independientes sí hubiesen acometido. Por otro lado, la aplicación de los ajustes transaccionales no se basa en conceptos antielusión. Su presupuesto de hecho es totalmente ajeno a este objetivo. Además, no sirven necesariamente para combatir la elusión fiscal, ni tampoco para evitar el traslado de rentas a otras jurisdicciones.

²¹³ A nuestro parecer carece de sentido el empleo de cierta terminología cada vez más extendida en el ámbito de la fiscalidad internacional referida al “reparto justo” de la renta o al gravamen de un nivel de renta “adecuado” o “apropiado” cuando tales términos se vierten en el marco de una discusión referida a la normativa sobre operaciones vinculadas. Vid. CHORVAT (2003), p.1255; ANDRUS; BENNET; SILBERZTEIN (2011), p.495. No obstante, este tipo de expresiones se emplea desde prácticamente su origen, pues el “reparto equilibrado de la potestad tributaria” como objetivo último de las normas sobre precios de transferencia remonta sus orígenes a la Sección 45 de la *Revenue Act* estadounidense de 1928, cuya razón de ser es “reflejar de manera clara las rentas de cualquiera de estos negocios o empresas”.

²¹⁴ En España es posible encontrar múltiples ejemplos, entre los que cabe destacar aquellos supuestos en que tanto la Audiencia Nacional como el Tribunal Supremo, en operaciones de financiación fijan como interés de mercado el tipo de interés legal del dinero, obviando por completo la realización del análisis de comparabilidad que exige la norma. Vid. SAN 10 noviembre 2006, caso *Valín Agraria* (2006, Audiencia Nacional, España); SAN 27 noviembre 2008, caso *Compañía española para la fabricación mecánica de vidrio* (2008, Audiencia Nacional, España); STS 8 febrero 2010, caso *Alimentación Import Export* (2010, Tribunal Supremo, España).

²¹⁵ FEINSCHREIBER; KENT (2011), p.38.

²¹⁶ BRAUNER (2012), p.168.

Con todo, los ajustes en las condiciones de la operación realizada entre partes vinculadas son necesarios e imprescindibles para que el criterio *at arm's length* pueda ser aplicado hasta sus últimas consecuencias. Dicho con otras palabras, los ajustes transaccionales son una parte indisociable del principio de plena competencia, por lo que su estudio implica necesariamente a su vez el análisis de los límites del *arm's length standard*.

1.3. Ajustes transaccionales. Concepto y clases.

Una vez delimitado el marco de conceptos en que los ajustes transaccionales se insertan, en este apartado analizaremos su definición y los tipos de ajuste que pueden darse en la práctica, todo ello con el propósito de fijar un marco adecuado referido a la figura en sí y el papel que desempeña en el ámbito de la normativa sobre operaciones vinculadas.

Primero abordaremos el concepto de ajuste transaccional y las distintas variantes en que puede manifestarse, para definir el ámbito de aplicación de esta figura. A continuación, analizaremos su origen y evolución de manera crítica. Para finalizar, estudiaremos la postura actual de la OCDE al respecto de la modificación de las condiciones de operaciones vinculadas en el entorno de la normativa sobre precios de transferencia.

1.3.1. Definición del concepto “ajustes transaccionales”.

Los ajustes transaccionales se refieren a la modificación de las condiciones -distintas del precio o márgenes relevantes según el método de comparabilidad escogido- de una operación acometida entre partes vinculadas, realizadas en el marco del análisis de comparabilidad, traducidos en última instancia en la realización de ajustes primarios de valoración que inciden sobre el beneficio de la entidad objeto de comprobación²¹⁷. A continuación trataremos con más detenimiento estas tres notas distintivas.

²¹⁷ TPG, par.8.29.

Primero, la normativa de operaciones vinculadas implica la comparación de la operación realizada entre partes vinculadas con la que partes independientes hubiesen realizado en circunstancias similares, de modo que existe una doble vertiente a la hora de determinar el origen del ajuste sobre las condiciones de la operación.

Por un lado, si en un supuesto concreto la determinación de los elementos que configuran la operación acometida entre partes vinculadas es incorrecta²¹⁸, el comparable se fijará de manera errónea, lo que en última instancia derivará en la realización de un ajuste positivo no acorde con la operación realizada entre partes vinculadas. En este escenario, el ajuste transaccional derivará en la aplicación errónea del *arm's length principle* en todo caso ya que la realidad de los hechos se ha visto distorsionada antes de siquiera haber procedido a realizar el análisis de comparabilidad. Supongamos que una entidad fabricante de productos de limpieza es la matriz de una distribuidora que se encarga de vender el producto a comercios minoristas no relacionados. El riesgo de inventario, de acuerdo al contrato suscrito entre ambas, se asigna a la fabricante. Sin embargo, supongamos que la consultora que prepara la liquidación del impuesto sobre sociedades del grupo desconoce este hecho al elaborar el análisis de precios de transferencia pertinente. Ello implicará que los comparables que la consultora considerará adecuados en realidad no lo serán y ello determinará la realización de un análisis de comparabilidad viciado desde el inicio.

Por otro lado, se obtiene el mismo resultado si se determina la operación entre partes vinculadas correctamente pero el comparable no mimetiza las condiciones de ésta. Dicho con otras palabras, es posible errar en la determinación de un comparable muy similar debido a que las circunstancias de la operación comparable no coincidan con las de la operación efectivamente llevada a cabo entre sujetos asociados. Esto daría lugar a un ajuste primario distinto del que correspondería según las condiciones de la transacción entre empresas vinculadas, que debería ser la verdadera referencia para configurar un comparable correcto. De nuevo, tomemos el ejemplo de la relación fabricante-distribuidora del párrafo anterior, solo que en esta ocasión la consultora sí se percata de la asignación del riesgo a la fabricante. Sin embargo, la administración

²¹⁸ Sobre la importancia en la determinación de los hechos para la correcta aplicación de la normativa sobre precios de transferencia y la inadecuación de realizar ajustes transaccionales en esta etapa del análisis, vid. *infra* apartado 3.1.

considera que el comparable más próximo y más adecuado para llevar a cabo el análisis de comparabilidad es uno en que todos los factores de comparabilidad encajan, salvo el referido al riesgo, que en el comparable se ha atribuido al distribuidor. Si no se llevan a cabo ajustes de comparabilidad para corregir este factor, el resultado de nuevo será erróneo y la consecuencia, igual que en el supuesto del párrafo anterior, será un ajuste implícito de las condiciones de la operación original en el marco de la aplicación de la normativa sobre precios de transferencia.

En otros términos, la determinación incorrecta de cualquiera de los elementos señalados sucederá como consecuencia de un desacierto en su fijación -un error en el procedimiento para lograr en última instancia la existencia de diferencias en el precio- o de una actividad explícita dirigida a la modificación de cualquier parámetro de la operación acometida entre partes vinculadas.

Segundo, la realización de ajustes transaccionales repercutirá necesariamente en la realización del análisis de comparabilidad. La modificación de las condiciones de la operación se inserta en el necesario proceso de búsqueda de comparables y su contraste con la operación vinculada bajo análisis y no debe trascender el ámbito de la normativa sobre precios de transferencia. El presupuesto de hecho y consecuencia previstos en los ajustes transaccionales realizados conforme a la norma es distinto de los referidos a otro tipo de cláusulas, de modo que su resultado no es extrapolable a los propósitos de aplicación de otras normas tributarias.

Tercero, la inserción de los ajustes transaccionales en el análisis de comparabilidad desembocará necesariamente en la consecución de un ajuste primario valorativo que incidirá en la base imponible de la entidad inspeccionada. En consecuencia, esta figura no resulta extraña al *arm's length principle* sino que es parte integrante de su mandato, siempre y cuando el ajuste transaccional se efectúe en conformidad con el mismo.

1.3.2. Clases de ajustes transaccionales.

A continuación, enunciaremos los criterios que a nuestro parecer son apropiados para identificar correctamente los tipos de ajuste transaccional que pueden encontrarse en la

práctica. No obstante, previamente hemos de advertir al lector que este ejercicio de clasificación no conlleva la legitimación de ciertos ajustes que entendemos son contrarios a la lógica del *arm's length principle*, sino simplemente su mención en términos de complitud. Es necesario por tanto distinguir entre la labor descriptiva que se pretende con este apartado respecto de la tarea de fijar límites a la consecución de ajustes transaccionales, tarea que emprenderemos más adelante a través del desarrollo de un modelo al efecto.

Proponemos a continuación una serie de parámetros para clasificar los ajustes transaccionales atendiendo a su magnitud –ajustes totales y ajustes parciales–, notoriedad –ajustes implícitos y ajustes explícitos– y grado de predefinición –ajustes fijos, ajustes variables–.

1.3.2.1. Magnitud: ajustes totales y parciales.

Si atendemos a la repercusión del ajuste sobre los elementos de la operación vinculada, cabe diferenciar entre ajustes totales y ajustes parciales. En la primera modalidad, los ajustes transaccionales darán lugar a la modificación completa de los elementos que la componen. Esto puede traducirse en el desconocimiento total de los efectos de la operación o en el reemplazo de la totalidad de los elementos que configuran la operación por aquellos que partes vinculadas hubiesen acometido.

A título de ejemplo cabe mencionar un contrato de préstamo que partes independientes no llevarían a cabo porque la entidad prestataria carece de capacidad financiera para hacer frente a la devolución del principal y los intereses. Podría plantearse la posibilidad de entender que el contrato jamás debió celebrarse y por tanto considerar que el prestamista no debió prestar la cuantía correspondiente y que el prestatario no debió recibirla, lo que provocaría la realización de un ajuste primario en sede del prestatario y un ajuste correlativo en sede del prestamista –o viceversa, dependiendo del Estado de residencia de sendas entidades que efectúe el ajuste en primer lugar–.

Un supuesto similar se planteó en el caso resuelto por la decisión del Tribunal Supremo holandés de 9 de mayo de 2008²¹⁹, sobre una operación de préstamo de una filial a su matriz que partes independientes no llevarían a cabo porque la entidad prestataria carece de capacidad financiera para hacer frente a la devolución del principal y los intereses. No obstante, el Alto Tribunal simplemente denegó la deducibilidad de la pérdida patrimonial en sede del prestamista derivada del impago²²⁰. Aunque no se abordaron el resto de consecuencias mencionadas en el párrafo anterior, el resultado indica que se desconoció la operación por completo.

Los ajustes parciales darán lugar a la modificación de elementos concretos de la operación, que se pueden traducir en la adición de condiciones, la supresión de otras, o una combinación de ambas posibilidades. Existen múltiples ejemplos de estos supuestos, como por ejemplo la reasignación de retornos generados por activos intangibles atendiendo al sujeto que lleva a cabo labores de creación, desarrollo, protección o explotación, en lugar del titular jurídico del activo en cuestión²²¹, o la modificación de la atribución de riesgos, entre otros.

1.3.2.2. Notoriedad: ajustes explícitos e implícitos.

Desde la perspectiva de la percepción externa en la realización de ajustes en un supuesto concreto, se debe distinguir entre ajustes explícitos e implícitos. En los ajustes explícitos existe una manifestación expresa respecto a la modificación de las condiciones de la operación. Este resultado derivará de un proceso que llevará a cabo el aplicador de la norma en que se es consciente de la repercusión de la reconfiguración de los elementos de la operación sobre el análisis de comparabilidad y se asumen las consecuencias de este proceder.

Los ajustes implícitos derivan del empleo de un comparable no apropiado según las características que presenta la operación acometida entre partes vinculadas, sin que el operador jurídico sea consciente de la repercusión que su uso tiene en el análisis de

²¹⁹ Hoge Raad, 43849 (2008, Tribunal Supremo, Holanda).

²²⁰ JANSSEN; VAN KASTEREN (2008), p.179; KOOMEN (2015), p.150.

²²¹ Vid. *OECD 2012 Revision of the special considerations for intangibles in Chapter VI of the OECD transfer pricing guidelines and related provisions*, par.35, par.37; *OECD 2014 BEPS Action 8 deliverable. Guidance on transfer pricing aspects of intangibles*, par.6.34 (iii).

comparabilidad. La diferencia de precio y el consiguiente ajuste primario se efectuarán sobre la base de un supuesto no alineado en sus elementos con la operación acometida entre partes dependientes. En consecuencia, la cuantía del ajuste primario puede desglosarse en (1) el monto resultante de la diferencia en el precio, producto de la discordancia en las condiciones de la operación y (2) en el monto derivado de la diferencia de precio como consecuencia de la vinculación de las partes.

Cabe citar varios ejemplos en la jurisprudencia de la Audiencia Nacional y el Tribunal Supremo sobre ajustes transaccionales implícitos. El Alto Tribunal mantuvo en diversas decisiones que un préstamo entre entidades vinculadas debía valorarse atendiendo al tipo de interés legal del dinero, en lugar de tratar de averiguar el interés de mercado correspondiente de acuerdo a las circunstancias de las partes²²². En todo caso, esta línea jurisprudencial ya ha sido corregida²²³. La Audiencia Nacional por su parte, en el caso *La Pomarada del Conde*²²⁴, estableció que ante una operación de compraventa de acciones ha de aceptarse como comparable la aportación no dineraria de las mismas a una de las empresas que participaron en la transacción.

La existencia de ajustes implícitos sirve además para apoyar la idea –crucial para nuestra tesis– de que la consecuencia última de los ajustes transaccionales es una modificación en la valoración de la operación, lo que conduce a afirmar en última instancia que cualquier norma sobre operaciones vinculadas que se apoye en el *arm's length principle* admitiría la práctica de ajustes transaccionales salvo que esta posibilidad resulte expresamente descartada²²⁵.

²²² SAN 10 noviembre 2006, caso *Valín Agraria* (2006, Audiencia Nacional, España); SAN 27 noviembre 2008, caso *Compañía española para la fabricación mecánica de vidrio* (2008, Audiencia Nacional, España); STS 8 febrero 2010, caso *Alimentación Import Export* (2010, Tribunal Supremo, España). Los tribunales no fundamentan su decisión en la normativa sobre operaciones vinculadas –a pesar de citarla– sino en una norma de carácter infralegal, la Disposición Transitoria 5ª del RD 2027/1985, que establecía un tipo de rendimiento mínimo de igual cuantía que el tipo de interés legal del dinero. Resulta significativo que ZORNOZA (1993), p.130 advirtiera prácticamente 15 años antes de la publicación de estas sentencias que no todo referente de valoración encaja en el principio de plena competencia.

²²³ En las STS 22 febrero 2010, caso *Asebur Inversiones* (2010, Tribunal Supremo, España), 4 octubre 2010, caso *Matsushita Electric España* (2010, Tribunal Supremo, España) y 11 marzo 2013, caso *Cita tabacos de Canarias* (2013, Tribunal Supremo, España) sí se reconoce sin embargo que el interés legal del dinero no constituye el “precio de mercado”.

²²⁴ SAN 3 octubre 2007, caso *La Pomarada del Conde* (2007, Audiencia Nacional, España).

²²⁵ Contra NAUMANN et al. (2009), p.98, BULLEN (2011), p.356.

Los ajustes transaccionales implícitos son más comunes de lo que pudiera esperarse a primera vista. Cierta doctrina defiende acertadamente que el empleo de métodos que se centran en el beneficio –el método del margen neto transaccional en el ámbito de las TPG²²⁶ o el método del beneficio comparable en la normativa estadounidense²²⁷– podrían resultar en un ajuste sobre las condiciones de la operación, dado que un comparable adecuado se basará en el margen o márgenes escogidos como apropiados al caso concreto, elemento éste que no tiene por qué reflejar las vicisitudes de la operación en sí llevada a cabo por partes vinculadas²²⁸.

Este dato es muy relevante para comprender la importancia de los ajustes transaccionales y su reflejo en la realidad, al ser el método del margen neto transaccional el más empleado a la hora de fijar una política determinada de precios de transferencia debido a su maleabilidad –se centra en márgenes que a su vez derivan de la contabilidad de la entidad bajo análisis, con las posibilidades de planificación que ello supone- y su facilidad de uso en el análisis, al permitir una búsqueda de comparables más fructífera producto del empleo de bases de datos. La comparación de márgenes a partir de bases de datos es mucho más cómoda que la comparación de operaciones cuyas condiciones muchas veces son desconocidas, en especial en supuestos en que no existen comparables internos. No obstante, esta metodología plantea un problema adicional como consecuencia de la “estandarización” del análisis de comparabilidad por parte de los contribuyentes, una tendencia que surgió al hilo del incremento de los métodos basados en el beneficio y que determina el empleo de muestras genéricas –o al menos más genéricas de lo deseable- frente al análisis concreto de las circunstancias del caso²²⁹, lo que derivaría de nuevo en ajustes sobre las condiciones de la operación entre partes vinculadas.

²²⁶ TPG par.2.58-2.107.

²²⁷ Treas. Regs. par.1.482-5.

²²⁸ MAISTO (1992), p.43. CHOI (1998), p.822. FRIS (2003), p.199. HAMAEEKERS (2005), p.97. FRIS; GONNET (2006), p.3. BRAUNER (2010), p.555. BULLEN (2011), p.225. FRIS; GONNET (2010), p.99 disocian el TNMM de la determinación de precios “en línea con aquello que partes independientes hubiesen acordado en circunstancias similares”. Contra, DI LIBERO (2009), p.293 afirma que “cada uno de los métodos fijados por la OCDE (incluyendo el TNMM) se basa en el *arm’s length principle*”.

²²⁹ VANN (2003), p.168. SCHATAN (2009), p.780. FRIS;GONNET (2010), p.101-102. OOSTERHOFF (2010), p.3.

La categorización como ajuste transaccional de los ajustes implícitos ha sido obviada por gran parte de la doctrina²³⁰. De hecho encontramos ejemplos de autores que diluyen la distinción entre ajustes de comparabilidad y transaccionales, probablemente de manera no intencionada dado que el debate sobre la delimitación de ambos conceptos no ha sido objeto de suficiente atención. En este sentido, se ha llegado a afirmar que los ajustes sobre beneficios derivados de ajustes en ciertas condiciones de una operación - términos de pago, atribución de riesgos- son calificables como “ajustes menores o parciales” en comparación con el no reconocimiento de la operación según acometida entre partes vinculadas²³¹; o que la manera más apropiada para reubicar el riesgo consiste en “la realización de ajustes en el precio en lugar de la recharacterización de la operación”²³². Estos planteamientos son erróneos pues no distinguen entre ajustes en las condiciones de la operación efectivamente realizada y ajustes de comparabilidad –que recaen sobre el comparable más cercano-, sino que centran su análisis únicamente sobre la incidencia de la modificación en el resultado final. Esta suerte de criterio cuantitativo a nuestro parecer no encuentra sustento lógico ya que la distinción se ha de centrar en el elemento modificado de la operación entre partes vinculadas –precio y condiciones o precio solamente- y no en la contundencia del ajuste.

Otro ámbito en la misma línea que ha suscitado mayor atención es el referido al análisis del criterio de “opciones disponibles de modo realista” que se introdujo en el marco de la normativa estadounidense sobre operaciones vinculadas. Las *Regulations* estadounidenses señalan en este ámbito que la administración “podrá ajustar la contraprestación de la operación vinculada con base en el coste o beneficio de la alternativa [...], pero no restructurará la operación como si la alternativa hubiese sido adoptada por el contribuyente”²³³. Esta enunciación es contradictoria en sí misma ya que el ajuste del precio según la alternativa fijada implica necesariamente la modificación de las condiciones de la operación. Precisamente éste es el motivo de que la doctrina haya criticado su existencia²³⁴ dado que la jurisprudencia siempre ha

²³⁰ Salvo OBRIEN, J.; OATES, M. (2007), p.28-29; BULLEN (2011), p.223.

²³¹ WANG (2013), p.321.

²³² TOLIA; NANAVATI (2010), p.17.

²³³ Treas. Regs. par.1.482-1(f)(2)(ii)(A).

²³⁴ O'BRIEN; OATES (2007), p.29-30.

sostenido que no existe base desde el IRC §482 para efectuar ajustes transaccionales²³⁵. Con todo, la OCDE ha optado por trasladar este criterio a las TPG proponiendo un planteamiento cercano al establecido en el IRC²³⁶, según tendremos ocasión de comprobar al hilo del estudio de la correcta determinación de los hechos en el ámbito de los ajustes transaccionales.

Otro ejemplo que sirve para ilustrar la confusión de conceptos que da lugar a la existencia de ajustes implícitos se encuentra en el caso canadiense *McKesson*²³⁷. A los efectos que interesan para conocer el tratamiento de la figura de los ajustes transaccionales, determina el *Justice Boyle* que se pueden llevar a cabo ajustes sobre la cuantía de la operación a través de la modificación de los términos y condiciones de la operación aplicando las secciones 247(2)(a) y (c)²³⁸ –referidos a la realización de ajustes valorativos–, sin necesidad de acudir a los párrafos (b) y (d) –relativos a la realización de ajustes transaccionales–, postura que mantiene a pesar de que el contribuyente sostiene que este tipo de ajustes deben circunscribirse solamente a elementos cuantitativos y no cualitativos²³⁹.

A nuestro parecer queda claro que el efecto final es el mismo que el de la práctica de una recharacterización *ex* secciones 247(2)(b) y (d) y por tanto, la distinción a que hace referencia el juez es inexistente en términos prácticos. De nuevo este caso guarda un efecto didáctico relevante ya que nos permite ejemplificar la distinción entre ajuste transaccional explícito e implícito que efectuamos en otra parte del presente trabajo.

Atendiendo al razonamiento del *Justice Boyle*, el ajuste de términos y condiciones según las secciones 247(2)(a) y (c) constituiría un ajuste transaccional implícito ya que

²³⁵ Vid. *inter alia* *Koppers Company v. Commissioner* (1943, Tribunal Fiscal, Estados Unidos) *Seminole Flavor Co. v. Commissioner* (1945, Tribunal Fiscal, Estados Unidos) *Eli Lilly & Co. v. Commissioner*, (1988, Tribunal de apelación, séptimo circuito); *Bausch & Lomb, Inc. v. Commissioner* (1991, Tribunal de apelaciones, segundo circuito) *Sunstrand Corporation v. Commissioner* (1991, Tribunal Fiscal, Estados Unidos); *Claymont Investments v. Commissioner* (2005, Tribunal Fiscal, Estados Unidos). Vid. BOWEN; CARDEN (2006), p.41.

²³⁶ TPG par.6.28 et seq. *OECD 2015 Aligning Transfer Pricing Outcomes with Value Creation, Actions 8-10 – 2015 Final Reports*, par. 6.181 et seq..

²³⁷ *McKesson Canada Corporation v The Queen* (2014, Tribunal Fiscal, Canadá).

²³⁸ El juez se apoya en el caso *GlaxoSmithKline* (2012, Tribunal Supremo, Canadá), FRANCESCUCCI; LAROCHELLE (2014), p.243. Vid. asimismo *DELOITTE 2014 Canada Revenue Agency successful in significant transfer pricing case; EY 2014 TCC dismisses appeal on transfer pricing reassessment of 2003 factoring transactions*.

²³⁹ *McKesson Canada Corporation v The Queen* (2014, Tribunal Fiscal, Canadá), par.126

aparentemente no se modifica la operación acometida entre partes vinculadas, si bien el ajuste valorativo resultante de tal proceder es idéntico al que resulta de un ajuste transaccional explícito –aquel que encajaría en las secciones 247(2)(b) y (d)- ya que se reconoce de manera expresa la práctica de una recaracterización sobre las condiciones de la operación. El juez no repara en la similitud en las consecuencias de ambas fórmulas ya que señala que no es necesario entrar a valorar si las condiciones para aplicar las secciones 247(2)(b) y (d) se dan en el caso porque “ese debate puede dejarse para otro día”²⁴⁰.

Desde un plano crítico cabe afirmar que la admisibilidad de los ajustes implícitos resulta inapropiada o cuanto menos cuestionable ya que los ajustes transaccionales, para que puedan casar con el *arm's length principle*, deben llevarse a cabo conforme a una serie de parámetros muy concretos que más adelante definiremos. La modificación de las condiciones de la operación acometida entre partes vinculadas por vías subrepticias impide una aproximación adecuada al problema y un posible contraste del resultado logrado frente a la mecánica empleada para conseguirlo.

1.3.2.3. Predefinición: presunciones *iuris et de iure* y *iuris tantum*.

El último criterio de distinción pivota sobre la predefinición del ajuste transaccional, siendo posible la existencia de normas que determinen parámetros aplicables a priori frente al análisis casuístico que imponen la normativa basada en el *arm's length principle*. Existen ajustes que derivan de la aplicación de normas especiales -frente a la general que sería la norma sobre precios de transferencia presente en el Ordenamiento del Estado que realiza el ajuste²⁴¹- que determinan un tratamiento concreto previsto de antemano para situaciones concretas²⁴². Este tipo de normas especiales, si bien se basan en mayor o menor medida en las prácticas de partes independientes operando en condiciones de mercado, excluyen a priori un análisis caso por caso que atienda a las circunstancias concretas del supuesto. Este enfoque difiere del análisis que el criterio *at arm's length* impone y que no casa con pautas basadas en la predeterminación de un

²⁴⁰ *McKesson Canada Corporation v The Queen* (2014, Tribunal Fiscal, Canadá), par.132.

²⁴¹ Ejemplos: art.18.1 LIS, par.482 IRC, par.1abs1 AStG.

²⁴² También conocidos como puertos seguros o *safe harbors*.

resultado concreto. Esta predeterminación podría dar lugar en última instancia a la práctica de ajustes transaccionales de manera indirecta.

Un ejemplo de este tipo de norma sería el establecimiento de horquillas predeterminadas de margen de beneficio dependiendo del sector económico al que fueran dirigidas, puesto que si bien en ciertas ocasiones su aplicación derivará en un resultado conforme al *arm's length standard*, en otras el ajuste no tiene por qué coincidir necesariamente con lo que partes independientes habrían acordado según las circunstancias del caso concreto.

A su vez, este tipo de normas pueden dividirse en aquellas que admiten prueba en contrario –y por tanto sí admiten cierto nivel de análisis- y las presunciones *iuris et de iure*, en que el elemento prefijado es inamovible al margen de la consideración del resultado como contrario al principio de plena competencia.

Las normas que contienen ajustes predefinidos y no toman en consideración a las circunstancias concretas de cada caso normalmente no plantearán problemas a nivel interno siempre y cuando se sitúen en un mismo plano jerárquico con respecto a la norma general que enuncia el *arm's length standard*; ante un posible conflicto en el resultado prevalecería la aplicación de la norma especial -de ajuste predeterminado- sobre la general. Sin embargo, a nivel convencional, la compatibilidad de estas medidas con el art.9.1 dependerá de la posibilidad de contrastar el resultado prefijado procedente de la norma con la práctica que llevan a cabo partes independientes. El precepto convencional determinará su inaplicación cuando el resultado que se derive de la consecuencia jurídica sea contrario al *arm's length principle*, ya que el art.9.1 actúa como un filtro que avala la modificación de la base imponible en supuestos de operaciones entre partes vinculadas siempre y cuando se correspondan con lo que partes independientes hubiesen acordado y prohíbe los resultados que se desvíen de este parámetro.

1.4. historia y postura actual de la OCDE.

En el presente apartado estudiaremos la evolución de la realización de ajustes transaccionales en el ámbito de la normativa sobre precios de transferencia. No pretendemos una revisión aséptica del origen y evolución de los ajustes transaccionales ni que este apartado sirva a un mero propósito expositivo. Antes bien, nuestra intención es doble. Por un lado, explicar el origen de la confusión existente en diversas instancias sobre la distinción de la realización de ajustes transaccionales con respecto a conceptos antiabuso, figuras que si bien guardan ciertos puntos en común es necesario distinguir para evitar errores conceptuales que a la postre derivan en una deficiente aplicación de esta figura. Por otro lado, es nuestra intención destacar que los ajustes transaccionales son consustanciales a la norma de operaciones vinculadas, forman parte de su naturaleza y razón de ser, lo que justifica la importancia de su estudio para comprender correctamente la operativa *at arm's length*. De esta forma el lector podrá comprobar que los problemas que suscitan la realización de estos ajustes surgen casi al mismo tiempo que la aplicación de la norma.

La génesis de la norma de precios de transferencia se sitúa en el seno de los ordenamientos inglés y estadounidense a principios del siglo XX y su esencia no ha variado desde entonces, si bien su formulación, alcance y complejidad han alcanzado cotas mayores conforme se han desarrollado avances en la estructura y funcionamiento de los grupos de empresas. En este contexto, las primeras sentencias en que se propone la recaracterización de operaciones a través de la norma de precios de transferencia surgen de manera relativamente temprana y trataron de abrir otra vía de ataque a ciertas operaciones que podrían llegar a considerarse abusivas, si bien el análisis era reconducido por los tribunales a la aplicación de la doctrina antiabuso general de creación jurisprudencial y cuyo paradigma se sitúa en la célebre decisión *Gregory v. Helvering*²⁴³.

En la segunda parte se estudia el origen de la norma en el ámbito de los Convenios para evitar la doble imposición. En el ámbito internacional el *arm's length principle* ha sido una constante desde su primera aparición en el CDI firmado entre Francia y Estados Unidos en 1932. No obstante, la posibilidad de efectuar ajustes transaccionales se planteó por primera vez casi medio siglo después en el Informe de 1979 sobre precios

²⁴³ *Gregory v. Helvering* (1935, Tribunal Supremo, Estados Unidos).

de transferencia²⁴⁴, que contiene recomendaciones elaboradas por el Comité de Asuntos Fiscales sobre la concreción del análisis *at arm's length* inspiradas en las regulaciones de Estados Unidos y que constituyó el precedente de las *Transfer Pricing Guidelines* de 1995 y 2010.

Finalmente, analizaremos la postura que mantiene la OCDE en la actualidad al respecto de los ajustes transaccionales tanto en el ámbito de las TPG10 como de los trabajos de BEPS, si bien el análisis de cuestiones de índole técnica se reservan para el siguiente capítulo del presente trabajo.

1.4.1. Origen histórico de los ajustes transaccionales.

1.4.1.1. Origen de los ajustes transaccionales a nivel interno. Estados Unidos.

El origen del empleo de una norma de precios de transferencia como herramienta para modificar el precio de una operación a efectos fiscales se sitúa en Reino Unido, en la *UK Finance Act of 1915*²⁴⁵ y en Estados Unidos, mediante la *War Revenue Act* de 1917 que autorizaba al IRS la consolidación de la contabilidad de empresas o negocios relacionados cuando hubiese sospechas de que las operaciones internas no se realizasen a precios de mercado²⁴⁶. En 1921 se plasmó un mandato idéntico en la sección 240(d) de la *Revenue Act* y posteriormente en la sección 45 de la *Revenue Act* de 1928²⁴⁷. Centraremos el análisis en la norma americana por ser la que dio paso a los casos que han supuesto la génesis de los ajustes transaccionales.

²⁴⁴ *OECD 1979 Transfer Pricing and Multinational Enterprises.*

²⁴⁵ Sec.31(3) *Finance Act 1915*. Vid. HENSALL (2013a), m.no.1.9-1.10. KOOMEN (2015a), p.147. Con todo, DWARKASING (2011), p.41 indica que el origen de la noción de plena competencia debe ligarse al concepto de “indebida influencia” empleada en la jurisdicción de equidad en el siglo XIX.

²⁴⁶ Sec.208, *1917 War Revenue Act*, en el capítulo relativo al *War Excess Profits Tax*. La redacción del precepto es tremendamente confusa, según informes de los Comités del Congreso, *inter alia* vid. Senate Finance Committee (67th Cong., 1st Sess., S. Rept, 275): “Debido al lenguaje equívoco de la *Revenue Act* de 1917 existen ciertas dudas acerca de la legalidad de este procedimiento”. SEIDMAN, J. (1938), p.890-891.

²⁴⁷ Texto original: “In any case of two or more trades or businesses (whether or not incorporated, whether or not organized in the United States, and whether or not affiliated) owned or controlled directly or indirectly by the same interests, the Commissioner is authorized to distribute, apportion, or allocate gross income or deductions between or among such trades or businesses, if he determines that such distribution, apportionment, or allocation is necessary in order to prevent evasion of taxes or clearly to reflect the income of any of such trades or businesses”.

La sección 45 confería a la administración tributaria amplios poderes para distribuir rentas o deducciones si se consideraba que tal práctica era necesaria para prevenir la evasión de impuestos o para reflejar de manera clara la renta de ambas empresas. Esta norma se configuró con un propósito ambivalente, referido tanto a realización de ajustes con objeto de mostrar una asignación apropiada de la carga tributaria como a la lucha contra el fraude fiscal, siendo este segundo motivo la razón principal por la que se promulgó, según refleja la historia legislativa del precepto²⁴⁸. Los informes del Comité del Congreso acerca de la sección 240(d) (posterior sección 45) establecen que su fin es atajar la manipulación arbitraria o inapropiada de renta²⁴⁹. En concreto, la medida se promulgó con el fin de combatir la evasión fiscal mediante la deslocalización de beneficios, la creación de ventas ficticias y otros métodos adoptados para llevar a cabo la práctica denominada *milking*, esto es, privar de beneficios a empresas del grupo con objeto de disminuir su carga fiscal²⁵⁰.

Ahora bien, nada se especificó acerca del modo en que debía aplicarse esta sección, si debía desplegar sus efectos exclusivamente en un plano de valoración o también sobre otros factores que configuran una operación entre partes “controladas directa o indirectamente por los mismos intereses”. Ante la inexistencia de pautas técnicas sobre las que basar la aplicación del *arm’s length principle*, la administración y los tribunales adoptaron diversos criterios que reflejasen en mayor o menor medida los propósitos de evitar la elusión de impuestos y lograr un reflejo claro de la renta que corresponde a cada sujeto. De esta forma se trataba de analizar si la operación había sido “justa”, si se

²⁴⁸ LAUREL MARTIN, P. (1992), p.689. Referido a la sec.240(d), 1921 *Revenue Act: Report – Ways and Means Committee* (67th Cong., 1st Sess., H. Rept.350): “ciertas filiales, en especial las filiales extranjeras, son utilizadas para “ordeñar” a la matriz o para manipular de forma inapropiada su contabilidad”; Congresista Hawley (cong. Rec. Vol. 61): “[...] en un intento por evadir impuestos tratarán de efectuar liquidaciones separadas y dividir la renta para mantenerse fuera del alcance de los tramos más altos o para transferirla a filiales extranjeras; pero ahora mediante la consolidación de la liquidación, dando autoridad (a la Administración tributaria) para hacerlo cuando las circunstancias así lo exijan, podemos prevenir la evasión de impuestos”. Referido a la sec.45, 1928 *Revenue Act: Report – Ways and Means Committee* (70th Cong., 1st Sess., H. Rept. 2): “[...] para prevenir la evasión (mediante la transferencia de beneficios a través de ventas ficticias o otros métodos adoptados para “ordeñar” a la matriz, y para reflejar claramente la carga impositiva que deben soportar en verdad”. Dicha idea se correspondería con el último inciso de la sec.45: “[...] reflejar de manera clara las rentas de cualquiera de estos negocios o empresas”, verdadera esencia del *arm’s length principle*.

²⁴⁹ SEIDMAN, J. (1938), p.874-875.

²⁵⁰ *Asiatic Petroleum Co. (Delaware) Ltd. v. Commissioner* (1935, Tribunal de apelaciones, segundo circuito, Estados Unidos).

había abonado un “valor justo” o si el precio era “justo y razonable” en el contexto de la relación contractual²⁵¹. De esta tendencia se colige que en ciertos supuestos en que los tribunales hubiesen permitido la realización de ajustes, es posible que -en tanto la cuestión de la comparabilidad no se toma en consideración en absoluto debido a la inexistencia de pautas al respecto- se hubiesen efectuado ajustes transaccionales implícitos sin que los tribunales fuesen conscientes de ello. Con todo, la jurisprudencia posterior indicó que la “razonabilidad” debía medirse de acuerdo al análisis de comparabilidad y no a parámetros subjetivos²⁵².

En los casos *Koppers*²⁵³ y *Seminole Flavor*²⁵⁴, por primera vez los tribunales estadounidenses tuvieron ocasión de abordar el problema de la realización de ajustes transaccionales. En ambos supuestos se falló a favor del contribuyente apelando al respeto de las operaciones vinculadas tal y como habían sido estructuradas por las partes en el contexto de aplicación de la norma de precios de transferencia²⁵⁵.

En *Koppers*, la administración reprochó a la empresa matriz el haber “sustraído” la realización de ciertas operaciones a una subsidiaria²⁵⁶. Esta última había emitido bonos y pactado la no distribución de dividendos mientras la deuda en ellos representada estuviera pendiente de cobro. La matriz decide comprar al público los bonos que había emitido su subsidiaria en dos rondas, la primera a un precio de USD 94 1/2 y la segunda a un precio de USD 98 2/5. A continuación, la subsidiaria liquida los bonos por valor de USD 102 más intereses, por lo que la matriz obtiene una ganancia derivada de esta operación.

La administración trató de determinar el tratamiento tributario de la operación acudiendo a la sección 45 argumentando que en realidad la compra de bonos podría haber sido materializada por la subsidiaria, para así evitar un desplazamiento de

²⁵¹ AVI-YONAH (1995), p.98-99. HAMAEEKERS (1998), p.287. KOOMEN (2015a), p.142.

²⁵² *Lufkin Foundry & Machine Co. v. Commissioner* (1972, Tribunal de apelaciones, segundo circuito, Estados Unidos).

²⁵³ *Koppers Company v. Commissioner* (1943, Tribunal Fiscal, Estados Unidos).

²⁵⁴ *Seminole Flavor Co. v. Commissioner* (1945, Tribunal Fiscal, Estados Unidos).

²⁵⁵ La pauta del respeto de la operación según ha sido estructurada por las partes es el punto de referencia que toma BULLEN para estructurar su tesis. El autor noruego elevará esta idea a principio, denominándolo *As-Structured Principle*. Vid. BULLEN (2011), p.84.

²⁵⁶ BULLEN (2011), p.100.

beneficios que calificó de ficticio. Se entendió que la matriz podría haber efectuado un préstamo a la subsidiaria para comprar los bonos. El tribunal falló sin embargo que la operación no presenta traza alguna de engaño o abuso y que bien podría haber sucedido entre partes independientes. Por otra parte, el argumento del “podría haber” (*could have*) no convenció al tribunal, que lo calificó de “bastante ingenuo” y desechó con firmeza al constatar que el contribuyente “no ha hecho eso”. El tribunal sentenció que el demandante no tenía obligación de configurar sus operaciones y las de la subsidiaria buscando un resultado que implicase la máxima carga fiscal posible. En el fondo, la idea a resaltar es que no existe un mandato que obligue a los operadores económicos a efectuar una operación de manera predeterminada²⁵⁷.

En el caso *Seminole Flavor*, la empresa demandante -una conocida fabricante y distribuidora de bebidas refrescantes- realizó hasta 1939 labores de fabricación, supervisión de embotellado, ventas y publicidad. A partir de esa fecha todas estas actividades salvo la de fabricación pasaron a ser desempeñadas por una *partnership* participada por los accionistas de la demandante. La administración sostuvo que para reflejar la obtención de renta de una manera más realista era necesario consolidar las cuentas de la *partnership* y la matriz. La empresa trató de defender -con visos a lograr la inaplicación de la norma- que el planteamiento de la administración era arbitrario²⁵⁸. Tres son los argumentos que hicieron prevalecer la posición del contribuyente: (1) los libros y registros de la demandante y la *partnership*, gestionados de forma separada, reflejaban de manera precisa la renta obtenida por cada entidad; (2) la demandante y la *partnership* eran entidades separadas y diferenciadas, cada una organizada en torno a un propósito comercial distinto y envueltas en actividades económicas y comerciales susceptibles de distinción y (3) la sección 45 sólo permite ajustar la contabilidad, en ningún caso permite consolidar las ganancias de dos entidades distintas.

Este último punto es la verdadera base de la resolución del caso por el tribunal, que determina con rotundidad la necesidad de respetar los hechos que han sucedido y no prestar atención a aquellos que podrían haber sucedido. No en vano, encuentra el

²⁵⁷ BAKER; BAKER (1957), p.267.

²⁵⁸ El contribuyente trató de sostener el argumento de la arbitrariedad porque según jurisprudencia anterior, desde el momento en que la administración tributaria empleara la sección 45, la carga de probar que no procede su aplicación correspondía al contribuyente. Vid. *G.U.R. Co. v. Commissioner* (1941, Tribunal de apelaciones, séptimo circuito, Estados Unidos).

tribunal serias dificultades para tomar como válida la posición de la administración, en tanto sus pretensiones colisionaban no con las del contribuyente, sino con los propios hechos acaecidos.

El juzgador analizó con especial interés el carácter abusivo de la estructura empresarial del grupo, referida a la propia existencia de la *partnership*. Determinó en concreto que incluso admitiendo que la optimización en el pago de impuestos era uno de los principales motivos para diseñar esta estructura, este hecho no conduce por sí sólo a concluir la existencia de abuso. El tribunal estableció que la *partnership* se encontraba dotada de sustancia económica suficiente y lleva a cabo una actividad empresarial determinada por razones concretas y coherentes, a saber, era el instrumento más factible y flexible para la promoción y distribución de los productos de Seminole Flavour Co. Finalmente, el tribunal admite como probada la desconsideración de los hechos como base para sostener la existencia de arbitrariedad.

Ambos casos determinaron que la sección 45 debe reconocer los efectos fiscales normales o usuales en operaciones llevadas a cabo de buena fe entre partes diferenciadas, aunque controladas por los mismos intereses. Permite eso sí la modificación de la contabilidad en aquellas operaciones en que partes vinculadas de manera arbitraria o impropia derivan rentas o deducciones de una organización a otra. Aunque la aplicación de la sección 45 no se limitaba a casos de fraude, de facto el criterio que se empleaba era si no idéntico, muy próximo, ya que basaba en lo ficticio entendido como un reflejo inapropiado de la forma en relación a la sustancia subyacente²⁵⁹.

La discusión por tanto no se centra en la existencia de diferencias entre una operación realizada entre partes vinculadas respecto a otra idéntica acometida por partes independientes, sino en la existencia de abuso (*abuse, economic sham*) o simulación (*factual sham*)²⁶⁰. La finalidad de la sección 45 no es castigar la mera existencia de un

²⁵⁹ *Simon J. Murphy Company and Social Research Foundation, inc., Petitioners, v. Commissioner* (1956, Tribunal de apelaciones, sexto circuito, Estados Unidos).

²⁶⁰ El paradigma de esta doctrina es *Asiatic Petroleum Co. (Delaware) Ltd. v. Commissioner, Ltd.* (1935, Tribunal de apelaciones, segundo circuito, Estados Unidos), en que la administración fundamenta su posición no tanto en la sección 45 como en “principios generales del derecho tributario”, esto es, los

control común sobre varias entidades, sino prevenir la evasión de impuestos a través del ejercicio de tal control²⁶¹. Esta visión concuerda con la finalidad que los tribunales atribuyen a la norma, basada en la intención del Congreso de Estados Unidos de distribuir renta o deducciones entre empresas asociadas para prevenir la evasión fiscal que tenía lugar mediante el traslado de beneficios de unas entidades a otras²⁶².

En último término, el error de la administración residió en la exposición de alternativas que podrían haber tomado los contribuyentes y en consecuencia la legitimación de un criterio cercano al de las “opciones claramente disponibles” (*clearly available options*)²⁶³ por vía de la sección 45, que finalmente fue rechazado por los tribunales. Los supuestos planteados se resolvieron atendiendo a parámetros antiabuso definidos en la jurisprudencia, a los que la administración debería haber acudido para aumentar sus posibilidades de éxito en los tribunales. BULLEN por su parte sostiene que hubiese tenido más posibilidades de éxito en los tribunales una argumentación basada en el efecto que se lograría si partes independientes hubiesen diseñado una operación de manera diferente, acompañado de una explicación razonada y convincente de por qué deberían haberlo hecho²⁶⁴. A nuestro parecer, la idea de un ajuste transaccional basada en un criterio cercano al *clearly available options*²⁶⁵ no era viable, ya que para los tribunales el *arm's length principle* consistía en la práctica de ajustes puramente valorativos salvo en supuestos de fraude.

En el fondo, la idea clave del ajuste transaccional definida por la jurisprudencia estadounidense es su utilidad como herramienta para la lucha contra el abuso²⁶⁶. Sólo así se entiende que los tribunales empleasen parámetros definidos por la doctrina antiabuso de los tribunales desde *v. Helvering*. Aunque la idea del verdadero reflejo de

parámetros jurisprudenciales para determinar la existencia de abuso. Vid. BAKER, R.; BAKER, D. (1957), p.263.

²⁶¹ *Raymond Pearson Motor Company and Raymond Pearson, Inc. v. Commissioner* (1957, Tribunal de apelaciones, quinto circuito, Estados Unidos).

²⁶² PIERCE, W. (1973), p.188. H. R. REP. No. 2, 70th Cong., 1st Sess. 16-17, 1939-1 CUM. BULL. Part 2, 384, 395.

²⁶³ Criterio empleado por las TPG, par.1.65.

²⁶⁴ BULLEN (2011), p.103-104.

²⁶⁵ Criterio ahora empleado por las TPG par.1.65.

²⁶⁶ Vid. *infra* apartado 4.1.1.1. en donde se señala que esa concepción antiabuso de la normativa sobre precios de transferencia encuentra su reflejo en las pautas de aplicación de ajustes transaccionales previstas en las TPG, aspecto que ha generado una confusión considerable a la hora de analizar la compatibilidad de este enfoque con el principio de plena competencia.

la atribución de la renta (*true allocation of income*) que recoge la norma sea la base del *arm's length principle* tal y como hoy lo entendemos, en lo que se refiere a ajustes sobre las condiciones de la operación no jugó papel alguno. No se rebasó la frontera del ajuste primario valorativo –salvo en los casos de ajuste transaccional implícito– ya que en principio se respeta la operación según ha sido estructurada por las partes siempre que no traspasen la línea del abuso o fraude de ley que aunque ciertamente sea difusa, es el criterio a tener en cuenta en el terreno de la recaracterización de operaciones.

En todo caso, la jurisprudencia citada mantiene el rumbo señalado desde entonces. En palabras del Tribunal Supremo estadounidense, si el gravamen de una operación se hiciese depender de la determinación de formas alternativas de acometerla, ello crearía incertidumbre²⁶⁷. Por tanto, lo que (el contribuyente) ha hecho, en lugar de lo que podría haber hecho, debe ser la base de la determinación de la obligación tributaria, salvo que haya acordado unas condiciones que vulneren la doctrina de sustancia sobre forma (*substance over form*) definida por la jurisprudencia²⁶⁸.

La idea de ajuste transaccional ligada a la existencia de abuso ha permanecido arraigada en la jurisprudencia estadounidense hasta nuestros días. El motivo por el cual la confusión entre ambos parámetros se ha trasladado al ámbito internacional se analizará en el siguiente subapartado.

²⁶⁷ *Commissioner v. National Alfalfa Dehydrating & Milling Co.*, US Supreme Court (1974, Tribunal Supremo, Estados Unidos). Vid. DAU; DONELLY (2003), p.13.

²⁶⁸ Vid. *San Diego Transit-Mixed Concrete Co. v. Commissioner* (1962, Tribunal Fiscal, Estados Unidos), sentencia en que se citan numerosos supuestos en que la acción tomada por el *Commissioner* a la hora de asignar renta entre partes vinculadas se ha considerado como no justificada desde la óptica de la sección 45. La administración no debe crear renta allí donde no existe, *Tennessee-Arkansas Gravel Co. v. Commissioner* (1940, Tribunal de apelaciones, sexto circuito, Estados Unidos); *Texsum Supply Corp. v. Commissioner* (1951, Tribunal Fiscal, Estados Unidos). No debe prohibir una deducción permitida por otras disposiciones de la *Revenue Act*, *Hypotheek Land Co. v. Commissioner* (1952, Tribunal de apelaciones, noveno circuito, Estados Unidos). No debe combinar o consolidar la renta de dos o más partes separadas, aún cuando estén vinculadas, *Cedar Valley Distillery, Inc. v. Commissioner* (1951, Tribunal Fiscal, Estados Unidos); *Seminole Flavor Co. v. Commissioner* (1945, Tribunal Fiscal, Estados Unidos). Cuando dos entidades vinculadas por los mismos intereses lleven a cabo sus operaciones *at arms length*, es decir, tal y como lo harían con extraños en los respectivos cursos de sus actividades económicas, la reasignación de rentas no está permitida. *Koppers Co. v. Commissioner* (1943, Tribunal Fiscal, Estados Unidos); *Palm Beach Aero Corp. v. Commissioner* (1952, Tribunal Fiscal, Estados Unidos); *Friedlander Corp. v. Commissioner*, Tax Court (1955, Tribunal Fiscal, Estados Unidos); *Briggs-Killian Corp.* (1939, Junta de apelaciones fiscales, Estados Unidos); *Essex Broadcasters, Inc. v. Commissioner* (1943, Tribunal Fiscal, Estados Unidos); *Buffalo Meter Co. v. Commissioner* (1948, Tribunal Fiscal, Estados Unidos); *Epsen Lithographers v. O'Malley* (1946, Tribunal del distrito de Nebraska, Estados Unidos).

1.4.1.2. Origen de los ajustes transaccionales a nivel internacional.

En el ámbito internacional, el primer precedente de una norma similar al *arm's length* se dio en 1932 -cinco años después de la publicación en 1927 del primer informe que incluía un borrador relativo a la prevención de la doble imposición a través de convenios bilaterales²⁶⁹- en el artículo IV²⁷⁰ del CDI concluido entre Francia y Estados Unidos²⁷¹.

En 1933 la Liga de las Naciones a la luz del informe Carroll redactó un nuevo modelo de Convenio²⁷². El texto, que en principio constituiría la base para la negociación de convenios multilaterales sufrió ciertas modificaciones y añadidos derivados de la conversión a un modelo bilateral para dar respuesta al rechazo de los Estados a la creación de un modelo multilateral. La versión definitiva vio la luz en 1935 y resulta significativo que la norma de operaciones vinculadas no sufrió alteración alguna durante el proceso de elaboración del documento²⁷³, lo que implica un alto grado de consenso sobre la materia, acentuado además por la escasa modificación que ha sufrido a lo largo de los años hasta la redacción del actual Modelo de Convenio OCDE. Los modelos de Londres y México no introdujeron cambios relevantes²⁷⁴.

²⁶⁹ *League's Committee of Technical Experts 1927 Report on Double Taxation and Tax Evasion*.

²⁷⁰ Texto original: "When an American enterprise, by reason of its participation in the management or capital of a French enterprise, makes or imposes on the latter, in their commercial or financial relations, conditions different from those which would be made with a third enterprise, any profits which should normally have appeared in the balance sheet of the French enterprise, but which have been, in this manner, diverted to the American enterprise, are ... incorporated in the taxable profits of the French enterprise".

²⁷¹ Vid. BULLEN, A. (2011), p.90 en contra del criterio que se sigue en AVERY JONES et al. (2006), p.244 al enunciar el *Fiscal Committee 1933 Draft Convention for the Allocation of Business Income Between States for the Purposes of Taxation* como primer documento que contiene una norma similar al art.9 MCOCDE.

²⁷² *Fiscal Committee 1933 Draft Convention for the Allocation of Business Income Between States for the Purposes of Taxation*.

²⁷³ El artículo VI del Modelo de 1935 dispuso lo siguiente (texto original): "When an enterprise of one contracting State has a dominant participation in the management or capital of an enterprise of another contracting State, or when both enterprises are owned or controlled by the same interests, and as the result of such situation there exists, in their commercial or financial relations, conditions different from those which would have been made between independent enterprises, any item of profit or loss which should normally have appeared in the accounts of one enterprise, but which has been, in this manner, diverted to the other enterprise, shall be entered in the accounts of such former enterprise, subject to the rights of appeal allowed under the law of the State of such enterprise".

²⁷⁴ Artículo VII, *Fiscal Committee 1943 Mexico Model Tax Convention*. Artículo VII, *Fiscal Committee 1946 London Model Tax Convention*.

En el primer modelo de Convenio OCDE, de 1963²⁷⁵, la redacción del art.9 referida a empresas asociadas mantiene el espíritu de 1935, que perdurará hasta nuestros días ya que su redacción ha permanecido inalterada, salvando la introducción del art.9.2 en el Modelo de 1977. Cabe resaltar que la referencia al ajuste en contabilidad ya no se efectúa en el artículo del modelo de Convenio sino en los Comentarios al mismo²⁷⁶.

Hasta el momento, el recorrido histórico en el plano internacional revela que en el origen de la norma de precios de transferencia no existen trazas de una figura semejante al ajuste transaccional; de hecho, se adopta el ajuste en contabilidad como parámetro para llevar a cabo el ajuste sobre la valoración de operaciones vinculadas, sin que exista mención a la modificación de las condiciones de la operación. Tanto las diferentes normas en sí como los documentos que las explican e interpretan no se pronuncian sobre este extremo. Este hecho parece indicar que los autores de estas reglas no tenían en mente el diseño de una normativa que diese lugar a la aplicación de medidas de este corte²⁷⁷.

No obstante, a nuestro parecer los ajustes transaccionales tienen cabida dentro del esquema descrito. Ya hemos podido comprobar que los ajustes de valoración pueden suceder como consecuencia de la modificación de las condiciones de la operación y no como un mero ajuste en el precio. Con todo, esta posibilidad no se llegó a plantear en el plano convencional, seguramente porque nadie dudaba del respeto a la operación tal y como ha sido estructurada por las partes desde la perspectiva de la aplicación de las normas relativas a precios de transferencia.

²⁷⁵ *OECD 1963 Draft Double Taxation Convention on Income and Capital*.

²⁷⁶ *OECD 1963 Draft Double Taxation Convention on Income and Capital*, art.9 comentarios. “El art.9 [...] determina que en el cálculo de beneficios las autoridades fiscales podrán modificar la contabilidad de dichas empresas siempre y cuando, debido a las relaciones especiales que existen entre ambas, la contabilidad no refleje el beneficio que debería haber tributado en el Estado que efectúa el ajuste según el principio de empresa separada.

No está autorizada la revisión de la contabilidad de empresas asociadas si las operaciones realizadas entre ambas empresas han tenido lugar en condiciones de mercado abierto”.

Sirve de refuerzo a la línea citada el comentario al art.7, párrafo 12: “(siempre que haya una operación entre casa central y establecimiento permanente no cuyo precio no sea acorde al que partes independientes acordarían) [...] normalmente sería apropiado sustituir los precios empleados en mercados ordinarios por precios fijados para idénticos o similares bienes ofrecidos en idénticas o similares condiciones”.

²⁷⁷ BULLEN, A. (2011), p.99.

El punto de inflexión sobre la relevancia de la normativa sobre precios de transferencia en el ámbito internacional se produce en 1968, cuando Estados Unidos comprende que la aplicación de la Sección 482 repercute directamente sobre las operaciones transfronterizas que realizan multinacionales americanas y que, por tanto, las pautas de aplicación de esta normativa deben internacionalizarse²⁷⁸, por lo que compele a la OCDE para que avance en la creación de un marco común en el ámbito de precios de transferencia²⁷⁹. Aunque inicialmente la preocupación se centró en el ajuste correlativo, la posterior elaboración del Informe de 1979 sobre precios de transferencia²⁸⁰ por parte de la OCDE se erigió en hito inicial para la definición de un estándar internacional²⁸¹ basado en la regulación estadounidense²⁸².

Aunque la sección 482 en su versión de 1968 no preveía la realización de ajustes transaccionales, con toda probabilidad el Informe de 1979 sobre precios de transferencia de la OCDE recogió el acervo jurisprudencial norteamericano previamente analizado. A pesar de no existir un nexo formal aparente que confirme este extremo²⁸³, la relación causal puede venir explicada precisamente por la política de internacionalización descrita. Será en este documento donde la OCDE enuncie por primera vez la necesidad del respeto de la operación tal y como ha sido estructurada por las partes, así como la posibilidad de que las administraciones tributarias desconozcan este principio en supuestos excepcionales. Resulta oportuno reseñar esta idea ya que hasta entonces no había sido necesario puntualizar el respeto de la operación tal y como ha sido acometida por las partes. Ambas caras de la moneda, respeto y posibilidad de recharacterización, son expresiones contrarias, aunque inseparables, de una misma realidad²⁸⁴.

²⁷⁸ Vid. SURREY (1968), p.79; EDEN (1998), p.673; CALDERÓN CARRERO (2007), p.8; VEGA (2012), p.14.

²⁷⁹ WITTENDORFF, J. (2010a), p.37-39.

²⁸⁰ *OECD 1979 Transfer Pricing and Multinational Enterprises*.

²⁸¹ TPG par.1.1.

²⁸² Definida en la Sec.482 y en las Treas. Regs. 1.482. Vid. WITTENDORFF (2010), p.100.

²⁸³ BULLEN, A. (2011), p.106-107.

²⁸⁴ Es especialmente relevante la mención al tratamiento de las operaciones según han sido estructuradas como punto de partida del análisis en dos ocasiones: (1) el par.15 cuyo título es “ajustes menores y sustitución de métodos”, determina que “como principio general, las autoridades fiscales deben basar su búsqueda de un precio *at arm's length* en las operaciones efectuadas y no deberá sustituirlas por operaciones hipotéticas [...]”. (2) el par.23 titulado “reconocimiento de operaciones y pagos acaecidos” prevé que “en general, el enfoque que se adopta en este informe acerca del ajuste fiscal de precios de transferencia es el de reconocer las operaciones acometidas como punto de partida en la liquidación y no, *salvo en casos excepcionales*, su desconocimiento o sustitución por otras operaciones”.

Posteriormente, un informe de 1984 de la OCDE confirma el criterio fijado en 1979 al determinar que está generalmente aceptado que las autoridades fiscales no deben sustituir el juicio empresarial del empresario por su propio juicio²⁸⁵. En las versiones de las TPG de 1995 y 2010, así como en los informes sobre la materia publicados en el marco del plan BEPS quedará reflejada de nuevo esta dualidad, si bien se concretará también el ámbito de aplicación y consecuencias de los ajustes transaccionales.

1.4.2. Postura actual de la OCDE al respecto de la realización de ajustes transaccionales.

Las TPG de 1995²⁸⁶ y 2010²⁸⁷ contienen pautas similares en relación al contenido y alcance de los ajustes transaccionales, si bien en esta última versión se mejora su desarrollo en el capítulo IX, referido a aspectos relativos a reestructuración de empresas y precios de transferencia²⁸⁸.

Se afirma en las TPG que las administraciones tributarias tienen derecho a determinar las consecuencias tributarias de la estructura por la que opta la multinacional, con sujeción a lo dispuesto en sus convenios fiscales y en particular, a lo señalado en el art.9 MCOCDE²⁸⁹. Consideramos poco acertado sostener que las consecuencias fiscales de una transacción serán determinadas por la administración y no estrictamente por la norma aplicable, sea internacional o interna. La expresión “tienen derecho” denota cierto carácter de discrecionalidad no compatible con un mínimo de certeza y predictibilidad²⁹⁰. Esta idea cobra fuerza si fijamos nuestra atención en la redacción que

²⁸⁵ OECD 1984 *Transfer Pricing and Multinational Enterprises. Three Taxation Issues*, par.16.

²⁸⁶ TPG95 par.1.36 a 1.41.

²⁸⁷ TPG par.1.64 a 1.69.

²⁸⁸ TPG par.9.161 et seq.

²⁸⁹ TPG par.9.163.

²⁹⁰ En este sentido, BELL (2009b), p.162: “si nos encontramos ante unos hechos determinados, debemos respetarlos. Si estamos ante una fábrica que ha cerrado o empleados y directivos que son recolocados en otros lugares, no se deberían presentar como válidas posibles situaciones consideradas como opciones realmente disponibles para el contribuyente y hacerle tributar en consecuencia”. Este ejemplo resulta clarificador en cuanto a la idea de respeto por los hechos efectivamente acaecidos, so pena de vulnerar el esquema lógico de aplicación de las normas sobre una realidad determinada. Sin embargo, no podemos

precede a esta cita: “las multinacionales son libres de organizar sus operaciones comerciales como estimen oportuno. Las administraciones tributarias no tienen derecho a dictar a una multinacional el modo en que debe diseñar su estructura o dónde ubicar sus operaciones”²⁹¹. La OCDE pretende mantener un equilibrio difícilmente sostenible dado que si bien se afirma que las administraciones no deben indicar a las empresas cómo deben estructurar sus operaciones, a continuación establece que tendrán derecho a determinar sus consecuencias tributarias. Desde luego, éste es un factor de distorsión a tener en cuenta a la hora de analizar la postura de dicha organización internacional.

La OCDE entiende que la operación de referencia para efectuar el análisis de precios de transferencia es la efectivamente acometida por las partes, según ha sido configurada por las mismas de acuerdo con los hechos efectivamente acontecidos²⁹². Ahora bien, este punto de partida también indica que en ciertos supuestos la comprobación de la situación tributaria no tendrá lugar a partir de las operaciones realmente efectuadas. La recaracterización de la operación sólo debería llevarse a cabo en circunstancias excepcionales ya que “el desconocimiento de operaciones empresariales legítimas constituiría un ejercicio totalmente arbitrario”²⁹³. El resultado usual en la aplicación de la normativa sobre operaciones vinculadas será la realización de un ajuste primario derivado de las diferencias presentes en el precio o márgenes de la operación acometida entre partes vinculadas con respecto a un comparable entre independientes adecuado a las circunstancias del caso. El empleo del término “normalmente” supone la existencia de situaciones “anormales” o excepcionales en que según la OCDE la administración tributaria puede ignorar las condiciones de la operación vinculada²⁹⁴.

olvidar que la realidad es mucho más compleja y la casuística no siempre se presentará de manera tan inequívoca.

²⁹¹ TPG par.9.163.

²⁹² TPG par.1.64: “la comprobación por parte de la administración tributaria de una operación vinculada debe basarse *normalmente* en las operaciones realmente efectuadas por las empresas asociadas, tal y como estas las hayan estructurado, utilizando los métodos que los contribuyentes han aplicado, siempre que sean coherentes con los descritos en el Capítulo II (métodos para establecer términos de comparabilidad aceptables)”.

²⁹³ TPG par.1.64.

²⁹⁴ TPG par.1.65.

A este respecto, la OCDE sostiene que existen situaciones en que la administración podría apartarse de esta realidad de manera “legítima y apropiada”²⁹⁵. El empleo de dichos términos parece indicar cierta legitimación de carácter jurídico-ético o moral para recharacterizar un acto o negocio. Según el diccionario de la RAE, “legítimo” es todo aquello “conforme a las leyes”. Por otra parte, “apropiado” se definiría como “aplicar a cada cosa lo que le es propio y más conveniente”. Ambos criterios confluyen como no puede ser de otra forma en uno solo: la aplicación de la ley, en tanto lo más propio y conveniente para determinar la consecuencia jurídica apropiada sobre un supuesto de hecho dado es atender a la norma relevante en cada caso. Lo “apropiado” por tanto será aquello que determine la norma, es decir, el marco jurídico que establezca la norma sobre operaciones vinculadas del Estado que efectúa el ajuste. No resulta apropiado, por tanto, el uso de tales expresiones en este contexto.

Existen dos circunstancias excepcionales que prevé la OCDE como supuestos de hecho para la realización de ajustes transaccionales conforme al *arm's length principle*²⁹⁶. La primera surge cuando “la sustancia económica de la operación difiere de su forma. En tal caso, las administraciones tributarias podrían ignorar la calificación que las partes hayan otorgado a la operación y recalificarla de acuerdo con su sustancia”. Como ejemplo se enuncia en las TPG la inversión en una empresa asociada en forma de préstamo con devengo de intereses cuando, en plena competencia, en función de las circunstancias económicas de la sociedad prestataria, no cabría esperar que la inversión adoptara esa forma.

La segunda se refiere a los casos en que, “coincidiendo forma y sustancia, los acuerdos valorados globalmente, difieren de los que habrían suscrito empresas independientes que actuaran de modo racional desde un punto de vista comercial, y su estructura real impide en la práctica que la administración tributaria determine el precio de transferencia apropiado”. El ejemplo que emplean las TPG para ilustrar esta situación versa sobre un contrato suscrito entre entidades vinculadas a largo plazo en el que se efectúa un pago único a cambio de un derecho ilimitado sobre la propiedad intelectual que resulte de investigaciones futuras durante la vigencia del contrato. La consecuencia de aplicar un ajuste transaccional en este contexto implicaría tratar la operación como si

²⁹⁵ TPG par.1.65.

²⁹⁶ TPG par.1.65, par.9.169.

se tratara de un acuerdo permanente de investigación que determine un flujo continuo de rentas.

Cabe resaltar además que las posibilidades de llevar a cabo ajustes transaccionales atendiendo a las pautas establecidas en las TPG no se detienen en el marco de los párrafos 1.64-1.69, sino que también se prevé la realización de este tipo de ajustes en otros ámbitos sin un reconocimiento explícito en este sentido, como sucede por ejemplo en la propia determinación de la operación entre vinculadas²⁹⁷ en materia de riesgos²⁹⁸ o de acuerdos de reparto de costes (ARC)²⁹⁹.

Por último, es necesario enunciar las nuevas pautas que la OCDE suscribe al hilo del proyecto BEPS, que introducen importantes matizaciones en la materia³⁰⁰. Si bien el estudio en profundidad de las pautas concretas se llevará a cabo en el siguiente capítulo, es conveniente que el lector conozca la postura de este organismo internacional, que impacta de forma notable los criterios hasta ahora sostenidos. En concreto, se han elaborado dos informes que inciden directamente en el ámbito de los ajustes transaccionales.

El primero se publicó en 2014 y se titula *BEPS Actions 8, 9 and 10. Draft on revisions to chapter I of the Transfer Pricing Guidelines (including risk, recharacterisation, and special measures)*. La sección D.4 se refiere a la cuestión del no reconocimiento y el propio título indica que las pautas que contiene son sustancialmente nuevas.

El punto de partida en todo caso no varía. Antes de plantear la realización de ajustes transaccionales se deben agotar todas las vías existentes referidas a la aplicación de la normativa sobre precios de transferencia a la operación según ha sido estructurada entre partes vinculadas³⁰¹. La verdadera novedad reside sin embargo en la definición del supuesto en que sería adecuado modificar las condiciones de la operación. La OCDE

²⁹⁷ TPG par.1.38 et seq.

²⁹⁸ TPG par.1.45 et seq.; par.9.10 et seq.

²⁹⁹ TPG par.8.29, 8.30.

³⁰⁰ Vid. HERRINGTON; LOWELL (2014), p.161. BRAUNER (2014a), p.30 indica que la materia de precios de transferencia es la que suscitó un interés universal en el problema de la erosión de bases imponibles y traslado de beneficios que dio lugar al plan BEPS, auspiciado por la OCDE y el G20.

³⁰¹ *OECD 2014 BEPS Actions 8, 9 and 10. Draft on revisions to chapter I of the Transfer Pricing Guidelines (including risk, recharacterisation, and special measures)*, par.84.

opta por abandonar el criterio de sustancia sobre forma y centrarse en el referido a la racionalidad comercial. A partir del mismo, se señala que el punto clave reside en analizar si la operación vinculada posee los “atributos económicos fundamentales de una transacción entre partes independientes”. Esta circunstancia tendrá lugar cuando exista una expectativa razonable de mejorar o mantener su posición económica o financiera en un escenario ajustado al riesgo (*risk-adjusted basis*)³⁰². Un indicio relevante en este sentido sería la constatación de que el grupo multinacional empeora su posición económica antes de impuestos (*worse off on a pre-tax basis*).

El ejemplo empleado para ilustrar esta nueva pauta se refiere a dos entidades subsidiarias de la misma matriz. S1 posee una marca de gran valor, que explota vendiendo productos que la incorporan. Para aumentar su valor, S1 realiza funciones de marketing. Su estrategia empresarial depende de la explotación de este intangible. Con todo, lo transfiere a S2 a cambio de una suma a tanto alzado de \$400 millones. Se acuerdo al mismo tiempo la concesión de una licencia del intangible de S2 a S1 para que siga explotándolo a cambio de una regalía. A su vez S1 alcanza un acuerdo de prestación de servicios con S2 por el que el primero seguirá desarrollando funciones de marketing para aumentar el valor de la marca, ya que S2 tiene empleados que pueden monitorizar la asunción de funciones por parte de S1, pero no son capaces de asumirlas ellos mismos³⁰³.

El informe indica que si ambos sujetos fuesen partes independientes, es complicado sostener que S1 mejora o protege su posición comercial o financiera frente a la alternativa que supone la no transmisión de la marca a cambio de un precio a tanto alzado³⁰⁴.

El segundo informe se publica en 2015 con el título *Aligning Transfer Pricing Outcomes with Value Creation, Actions 8-10 – 2015 Final Reports* y aglutina la versión final de todos los borradores que en el marco del proyecto BEPS se refieren al ámbito

³⁰² OECD 2014 BEPS Actions 8, 9 and 10. Draft on revisions to chapter I of the Transfer Pricing Guidelines (including risk, recharacterisation, and special measures), par.89

³⁰³ OECD 2014 BEPS Actions 8, 9 and 10. Draft on revisions to chapter I of the Transfer Pricing Guidelines (including risk, recharacterisation, and special measures), par.90.

³⁰⁴ OECD 2014 BEPS Actions 8, 9 and 10. Draft on revisions to chapter I of the Transfer Pricing Guidelines (including risk, recharacterisation, and special measures), par.91.

de los precios de transferencia. En el capítulo referido a la modificación de la Sección D del Capítulo I de las TPG, el apartado D.2 versa sobre “el reconocimiento de la transacción delimitada con precisión” (*recognition of the accurately delineated transaction*). De nuevo, el reconocimiento de la operación es el punto de partida, si bien en este último informe se otorga un mayor énfasis a dicha idea³⁰⁵, en consonancia con el enfoque adoptado por la OCDE en 2015, más prudente y cauto que empleado en 2014.

La tendencia citada se percibe también en la modificación del ámbito de los ajustes transaccionales, su consecuencia y los ejemplos citados para ilustrar su aplicación. De nuevo se adopta el criterio de racionalidad comercial, si bien acompañado de una referencia a la necesidad de determinar un precio aceptable para ambas partes, tomando en consideración su perspectiva y las opciones realmente disponibles (*reasonably available options*) de cada una en el momento de acordar la operación. Por otra parte, criterio *worse off on a pre-tax basis* se mantiene en la nueva redacción³⁰⁶. Además, el resultado de la práctica del ajuste debe respetar en lo posible la estructura de la operación original³⁰⁷. Este criterio difiere del empleado en el borrador de 2014 -más impreciso y difícil de concretar-, en que se adoptaba como referencia la racionalidad comercial de partes independientes en operaciones similares³⁰⁸.

La OCDE emplea dos ejemplos en el informe de 2015 que ilustran las nuevas pautas propuestas. En el primero, la sociedad S1 es una fabricante cuya actividad empresarial requiere mantener un inventario elevado y realizar inversiones importantes en edificios y maquinaria. Posee propiedades comerciales situada en un área sometida a constantes inundaciones cuya frecuencia se ha agravado en los últimos años. Las empresas aseguradoras tratan de evitar la incertidumbre referida a una exposición excesiva a reclamaciones masivas, de tal forma que no existe mercado de seguros en el área comentada. La sociedad S2, asociada a S1, extiende una póliza a cambio de una prima anual equivalente al 80% del valor del inventario y propiedades de ésta.

³⁰⁵ Cfr. *OECD 2015 Aligning Transfer Pricing Outcomes with Value Creation, Actions 8-10 – 2015 Final Reports*, par.1.121-1.123.

³⁰⁶ *OECD 2015 Aligning Transfer Pricing Outcomes with Value Creation, Actions 8-10 – 2015 Final Reports*, par.1.123.

³⁰⁷ *OECD 2015 Aligning Transfer Pricing Outcomes with Value Creation, Actions 8-10 – 2015 Final Reports*, par.1.124.

³⁰⁸ *OECD 2014 BEPS Actions 8, 9 and 10. Draft on revisions to chapter I of the Transfer Pricing Guidelines (including risk, recharacterisation, and special measures)*, par.93.

Según la OCDE, en el presente ejemplo, la operación acordada adolece de irracionalidad comercial, en tanto no existe mercado de seguro debido a la frecuencia de siniestros que implican el pago de compensaciones. La reubicación de la actividad de S1 o la no suscripción de la póliza por parte de S2 son alternativas más realistas. Dado que la operación es irracional, no existe un precio al que S1 y S2 puedan acordar atendiendo a sus intereses individuales.

En el segundo ejemplo, la entidad S1 lleva a cabo labores de I+D para el desarrollo de intangibles que emplea para crear nuevos productos que produce y vende. Acuerda con S2 una cesión de derechos sobre los intangibles futuros que genere durante un período de 20 años a cambio de un pago a tanto alzado. Estas operaciones, según el organismo internacional, son irracionales desde un punto de vista comercial dado que ni S1 ni S2 pueden saber si el pago refleja una valoración adecuada de la transacción, porque es imposible saber las actividades que S1 desarrollará durante ese período de tiempo y además, la valoración de los resultados que obtenga es un ejercicio totalmente especulativo. Así las cosas, se hace necesario realizar un ajuste transaccional concretado en la modificación de la forma de remuneración³⁰⁹. Este supuesto es idéntico –si bien más desarrollado– al que ilustra el supuesto de irracionalidad comercial previsto en las TPG³¹⁰. También se asemeja al ejemplo señalado en el informe de 2014, en particular en lo referido al método de compensación a tanto alzado. No obstante, en 2015 el ajuste propuesto consiste en cambiar el método de compensación en lugar del desconocimiento total de la operación. Este factor es el mejor indicativo de una clara evolución de la postura de la OCDE en materia de ajustes transaccionales.

No resulta complicado percibir una evolución en los criterios que la OCDE enuncia, tendente a establecer pautas cada vez más restrictivas a la realización de ajustes transaccionales. También cabe señalar un denominador común de los informes sobre precios de transferencia del proyecto BEPS que el lector debe tener muy presente. Pese a que el tratamiento concreto de esta figura se ventila en relativamente pocos párrafos, existen otras muchas referencias a ajustes transaccionales en otras partes de estos textos

³⁰⁹ *OECD 2015 Aligning Transfer Pricing Outcomes with Value Creation, Actions 8-10 – 2015 Final Reports*, par.1.128.

³¹⁰ TPG, par.1.65 *in fine*.

que no son tratados como tales, pues ni reciben esta denominación u otra similar, ni respetan los límites definidos hasta el momento. Sucede así en las pautas referidas a atribución de beneficios derivados de intangibles³¹¹, al ámbito de los intangibles de difícil valoración³¹² y de la distribución de riesgos³¹³. En el siguiente capítulo tendremos ocasión de analizar el impacto de los ajustes transaccionales en el marco de dichos supuestos.

³¹¹ *OECD 2012 Discussion Draft. Revision of the Special Considerations for Intangibles*, par.27 et seq. *OECD 2013 Revised Discussion Draft on Transfer Pricing Aspects of Intangibles*, par.65 et seq. *OECD 2014 BEPS Guidance on Transfer Pricing Aspects of Intangibles*, par.6.32 et seq. *OECD 2015 Aligning Transfer Pricing Outcomes with Value Creation, Actions 8-10 – 2015 Final Reports*, par.6.32 et seq.

³¹² *OECD 2015 Action 8: Hard-To-Value Intangibles. OECD 2015 Aligning Transfer Pricing Outcomes with Value Creation, Actions 8-10 – 2015 Final Reports*, par.6.186 et seq.

³¹³ *OECD 2014 BEPS Actions 8, 9 and 10. Draft on revisions to chapter I of the Transfer Pricing Guidelines (including risk, recharacterisation, and special measures)*, par.36 et seq. *OECD 2015 Aligning Transfer Pricing Outcomes with Value Creation, Actions 8-10 – 2015 Final Reports*, par.1.56 et seq.

CAPÍTULO 2. MARCO NORMATIVO DE LOS AJUSTES TRANSACCIONALES.

La realización de ajustes transaccionales requiere de un marco normativo sobre el que sustentar su aplicación. En el presente apartado estudiaremos la relación entre el ámbito convencional por una parte y las normas de derecho interno sobre precios de transferencia por otra, haciendo además alusión a un nivel intermedio, el *soft law*, que si bien carece de valor normativo, juega un papel muy importante en la comprensión del funcionamiento del *arm's length* tal y como se aplica en gran parte de los países que han adoptado este sistema.

2.1. El art.9.1 como precepto de restricción del derecho interno.

En el ámbito de los CDI, existe un precepto referido a operaciones materializadas entre entidades vinculadas incluido en la mayoría de CDI vigentes que establece que los beneficios que habrían sido obtenidos por una de las empresas de no existir dichas condiciones, y que de hecho no se han realizado a causa de las mismas, podrán incluirse en los beneficios de esa empresa y someterse a imposición en consecuencia. Este mandato suele guardar correspondencia con el art.9.1 del MCOCDE, del MCONU y del MCEEUU. El propósito del presente subapartado consiste en discernir la función de esta norma y su relación con los ajustes transaccionales efectuados en el marco de operaciones transfronterizas entre partes vinculadas en que resulte de aplicación un CDI que contenga este parámetro. Para ello nos referiremos al MCOCDE, si bien las reflexiones aquí vertidas son extrapolables a cualquiera de los tres modelos y de los Convenios que sigan el mismo patrón.

El art.9 se diferencia del resto de normas de imposición sobre rentas del MCOCDE (arts.6 a 22) en que su configuración no pivota sobre los conceptos de fuente y residencia para eliminar la doble imposición jurídica. Al contrario, tal precepto va

dirigido a ambos Estados contratantes pero en calidad de Estados de residencia³¹⁴ y pretende eliminar la doble imposición económica³¹⁵. Es el único artículo del MCOCDE que aspira a corregir tal efecto. Dadas las particularidades descritas más arriba, existe discrepancia sobre el papel que el art.9 desempeña en los CDI. Se plantean diversas opciones que a continuación describiremos.

2.1.1. El art.9.1 implica restricción y no es aplicable de forma autónoma al derecho interno.

El interrogante más importante que puede plantearse acerca del art.9.1 reside en las consecuencias de su aplicación. ¿Supone este precepto base suficiente para provocar un ajuste sobre los beneficios derivados de operaciones entre partes vinculadas?. Es un principio comúnmente aceptado en la doctrina que en el marco de los preceptos de distribución de la potestad tributaria, un CDI no autoriza el gravamen a los Estados firmantes sino que restringe tal facultad, cuya base reside en el derecho interno³¹⁶. La potestad tributaria de un Estado depende exclusivamente de su ámbito de soberanía, no es necesario por tanto su establecimiento en una norma de carácter convencional. Todo aquel aspecto en la regulación del derecho interno no afectado por disposiciones convencionales será plenamente aplicable. Sostener lo contrario podría conducir a la existencia de un hipotético poder tributario fragmentado, en tanto cada CDI determinaría de manera bilateral una norma de alcance determinado y aplicable

³¹⁴ El artículo emplea los términos “empresa de un Estado contratante” y “empresa del otro Estado contratante”. VANN (2010), p.307 indica que “en lugar de asignar potestad de gravamen sobre los beneficios de una empresa directamente, las reglas sobre precios de transferencia se apoyan en la residencia de la empresa para efectuar su cometido”.

³¹⁵ CMOCDE14 Introducción par.3. En el par.19 se afirma “los artículos 6 a 21 determinan los respectivos derechos de imposición del Estado de la fuente o situación y del Estado de residencia respecto de las diferentes categorías de renta, y el artículo 22 hace lo mismo en relación con el patrimonio”. No se realiza alusión alguna a las particularidades del art.9 en este párrafo ni en los siguientes, que explican la “imposición de la renta y el patrimonio” (par.19 – 25). Los CMOCDE14 art.1 par.7 por otra parte se refiere a la “doble imposición internacional” como finalidad primordial de los Convenios, junto a la prevención contra la elusión y evasión fiscales. No distingue entre doble imposición jurídica y económica.

³¹⁶ VOGEL (1997) introducción, par.45b “los CDI ni autorizan, ni localizan la potestad de gravamen [...] los Estados disponen de la potestad originaria de gravamen, reconocidas por sus normas constitucionales y por el derecho internacional público”. Defienden la misma idea KROPPEN; EIGELSHOVEN (2002), p.16. VAN RAAD (2002), p.587-590. GARCÍA PRATS (2005b), p.41. DE BROE (2008), p.513. Cfr. LANG (2010), p. 32 “se ha dicho que los CDI no pueden generar obligaciones tributarias; sin embargo, no existe base legal que sustente esta afirmación”, aunque más adelante matiza: “en la práctica, los CDI sirven como limitación a la potestad de gravamen”.

únicamente a los países firmantes, situación que cierta doctrina ha reputado contraria al principio de legalidad³¹⁷. Este principio denominado *regla de oro* condiciona la interpretación de cada precepto referido al reparto de la potestad tributaria de los CDI³¹⁸.

En el marco descrito, el art.9.1 restringe el derecho interno de los Estados en aquellos supuestos que encajen en su presupuesto, debiendo adecuarse el efecto derivado de la aplicación de la norma interna sobre precios de transferencia al criterio *at arm's length*³¹⁹, so pena de ser inaplicable en el ámbito convencional³²⁰. Cabe destacar además que el art.9.1 no menciona en ningún caso la denominación *arm's length* ni emplea la expresión “precios de transferencia” en la literalidad del precepto. Este detalle es relevante en tanto no será necesario que la norma interna que permita el ajuste sea específicamente nominada como norma de precios de transferencia o de operaciones vinculadas. Basta con que permita a las autoridades fiscales del Estado en cuestión llevar a cabo un ajuste en el beneficio de operaciones de entidades relacionadas entre sí.

Dicho con otras palabras, una norma de derecho interno que conlleve ajustes sobre beneficios de empresas asociadas surtirá efectos a nivel convencional, siempre y cuando respete y se ajuste a este parámetro. A título de ejemplo, si una norma interna fijase márgenes predeterminados sin que el contribuyente pueda probar en contrario que las circunstancias que rodean a las operaciones que efectúa determinan un resultado distinto, esta norma sería contraria al mandato establecido en el art.9.1 al ser preceptiva una adecuación del análisis a las circunstancias del caso concreto. La norma en cuestión devendría inaplicable en aquellos supuestos que entren dentro del ámbito de aplicación del CDI siempre y cuando la operación encaje en su presupuesto de hecho.

³¹⁷ SCHOUERI (2014b), p.692.

³¹⁸ VOGEL (1997) introducción, par.45 “Un CDI asume que ambos Estados contratantes gravan de acuerdo a sus propias leyes; al contrario que las normas de derecho internacional privado, por tanto, un CDI no conduce a la aplicación de derecho extranjero. La normativa de un CDI, para asegurar la eliminación de la doble imposición, limita el alcance de la normativa tributaria de ambos Estados contratantes”. En el mismo sentido, LANG (2010), p.31. WITTENDORFF (2010a), p.190; BULLEN (2011), p.75.

³¹⁹ VOGEL (1997), p.467.

³²⁰ GOGUEN; STEWART (2012), p.180. ANDRESEN; KERENYI (2013), p.185, se apoyan en sentencias las siguientes sentencias del *Bundesfinanzhof*, BFH, 12 marzo 1980 (Tribunal Fiscal federal, Alemania), BFH, 21 enero 1981 (Tribunal Fiscal federal, Alemania). En el mismo sentido DITZ; SCHNEIDER (2014), p.188, 190 con citas de literatura alemana y PENTTILA; NIEMINEN (2015), p.304.

No obstante lo comentado, se ha sostenido por parte de ciertas instancias que el art.9.1, al ser una norma de valoración y no de distribución de competencias en la potestad de gravamen entre los Estados, sentaría las bases para la realización de un ajuste independiente al eventualmente previsto en el derecho interno de los Estados contratantes. En concreto, la administración australiana (*Australian Taxation Office*) entiende que la norma convencional sobre precios de transferencia supone una habilitación para efectuar ajustes independientemente de la normativa interna, a pesar de que existe jurisprudencia interna en contrario³²¹. Es más, al hilo de la reciente reforma en el país austral de la normativa sobre precios de transferencia de 2012 se indicó por parte de organismos de hacienda que los cambios introducidos sirven al cometido de “aclarar” que los CDI otorgan poderes a la administración australiana para efectuar ajustes independientemente de lo dispuesto en la normativa interna³²².

En la misma línea, en España se ha sostenido por parte de la Audiencia Nacional y el Tribunal Supremo, en los casos *BICC*³²³, *Lafarge Asland*³²⁴ y *Peugeot*³²⁵ que el art.9.1 habilita la realización de ajustes de forma autónoma sin importar el contenido del derecho interno³²⁶. Esta línea jurisprudencial señala además que una vez se constata la

³²¹ Sentencia *Roche Products Pty Ltd v Commissioner of Taxation*, (2008, Tribunal Administrativo de Apelaciones, Australia) el Justice Downes, ponente en la sentencia, afirma: “en la resolución no necesito decidir sobre el problema aunque constato que existe mucho que decir sobre la idea de que los tratados, aun conformados como parte de la ley australiana, no se sitúan por encima de la legislación interna y no confieren poderes de reajuste al Comisionado. Los CDI reparten la potestad tributaria entre las partes firmantes en lugar de conferir poderes” (par.191). Vid. KOBETSKY (2008), p.365. La ATO se basa en el carácter de observación de tal declaración para mantener y reafirmar una postura contraria en el *Decision Impact Statement ATO NT 2005/7 & 56-65* “El Comisionado no está obligado por las observaciones realizadas por Su Señoría en este punto y continuará adherido a la posición remarcada en TR 92/11, TR 94/14 y TR 2001/13 [...] los CDI sobre beneficios empresariales o empresas asociadas contienen un mandato independiente para la realización de ajustes en precios de transferencia”. Vid. KREVER (2009), p.573. JOSEPH (2009), p.280. Cabe señalar a modo de curiosidad que en el caso Roche, tanto la administración como el contribuyente entendieron que se deriva el mismo resultado de la aplicación de la norma interna o del art.9 del CDI entre Australia y Suiza, lo cual desvela el desconocimiento de las partes del verdadero carácter de este precepto convencional. Vid. BUTLER (2008), p.199. En todo caso, la postura expresada en Roche también se mantuvo en *SNF Australia Pty Ltd v. Commissioner of Taxation* (2011, Tribunal Federal, Australia) y en *Chevron Australia Holdings Pty Ltd v Commissioner of Taxation* (2015, Tribunal Federal, Australia).

³²² Vid. JAMES et al. (2011), p.24.

³²³ SAN 21 mayo 2009, caso *BICC* (2009, Audiencia Nacional, España). STS 18 julio 2012, caso *BICC* (2012, Tribunal Supremo, España).

³²⁴ SAN 21 septiembre 2009, caso *Lafarge Asland I* (2009, Audiencia Nacional, España) , FJ 2º y SAN 7 diciembre 2011, caso *Lafarge Asland II* (2011, Audiencia Nacional, España), FJ 5º, de idéntico contenido.

³²⁵ SAN 11 diciembre 2014, caso *Peugeot* (2014, Audiencia Nacional, España).

³²⁶ SANZ GADEA (2009), p.8 se muestra crítico con la postura del tribunal.

vinculación, queda al albur de la administración determinar si partes independientes hubiesen actuado de otra forma y decidir la alternativa que mejor le parezca, en un claro ejercicio de discrecionalidad totalmente contrario al objeto y fin de los CDI.

A nuestro parecer, ambos planteamientos son incorrectos pues el art.9.1 no permite una suerte de aplicación autónoma convencional del mandato *at arm's length* ni la realización de ajustes por sí mismo. El aplicador de la norma no puede basarse en este precepto para llevar a cabo ajustes sobre beneficios de partes vinculadas sino que deberá apoyar esta práctica sobre la norma del derecho interno que le autorice a hacerlo³²⁷. En consecuencia, si no es posible efectuar ajustes de valoración, con más motivo carece de sentido la realización de ajustes transaccionales a partir del citado artículo del Convenio que resulte aplicable. Por todo ello, cabe señalar que la doctrina *BICC* sostenida por los tribunales españoles resulta manifiestamente contraria al derecho convencional.

Por último es necesario señalar que a pesar de su función de restricción, el art.9.1 sí distribuye potestad tributaria³²⁸. El art.9 no distribuye la potestad tributaria de una categoría de renta entre el Estado de la fuente y el de residencia, sino que establece una pauta de valoración para la cuantificación de la renta, lo que implica a su vez el reparto del derecho de imposición, referido al importe máximo susceptible de ajuste. El art.9.1 en sí no resuelve la doble imposición económica, de modo que no alcanzamos a comprender los motivos que cierta doctrina sostiene para defender que éste es el propósito del art.9.1³²⁹, puesto que tal objetivo sólo se alcanzará si el otro Estado contratante lleva a cabo un ajuste correlativo, de conformidad con lo establecido en el art.9.2³³⁰.

³²⁷ En el mismo sentido, WITTENDORFF (2010a), p.191 con cita de abundante bibliografía. KOFLER (2015), m.no.6, 10.

³²⁸ En el mismo sentido, BULLEN, A. (2011), p.68. SCHÖN (2010), p.230. SCHÖN, W. (2011a), p.11. VANN, R. (2010) “el *arm's length* se emplea para el uso de precios de mercado intragrupo para asignar beneficios (en las distintas jurisdicciones)”. Contra GARCÍA PRATS (2005b), p.41, GARCÍA PRATS (2010), p.23 si bien con matices. WITTENDORFF (2010b), p.203. CALDERÓN; QUIÑONES (2015), p.60.

³²⁹ Vid. WITTENDORFF (2010a), p.147. KOFLER (2015), m.no.7 parece inclinarse en un principio por sostener que la finalidad del art.9.1 es eliminar la doble imposición económica, si bien más adelante indica que precisamente ésta es la tarea del art.9.2 y la razón de su existencia, tal y como demuestra la historia de este precepto.

³³⁰ En este sentido, la aplicación del art.9.2 se condiciona al hecho de que el Estado de residencia de la otra entidad que participa en la operación considere que la práctica del ajuste primario se ha llevado a cabo conforme al *arm's length principle*, vid. CMCOODE art.9 par.6, cuyo origen se remota al capítulo “Transfer Pricing, Corresponding Adjustments and the Mutual Agreement Procedure” del documento

2.1.2. *El art.9.1 no es un precepto de naturaleza habilitante.*

Descartada la realización de ajustes autónomos a través del art.9 y concretada su naturaleza restrictiva del derecho interno, cabría plantearse si la existencia del art.9 es necesaria para que surta efectos a nivel convencional la aplicación de la normativa interna sobre ajuste de beneficios. La respuesta ha de ser negativa, dado que el Modelo de Convenio establece una serie de criterios de reparto de la potestad tributaria, pero nada determina sobre cómo ha de ser cuantificada la renta –excepto en el supuesto de beneficios empresariales en el art.7.2, que determina la cuantía concreta atribuible a un establecimiento permanente susceptible de ser gravada en fuente³³¹–, lo que refuerza el carácter netamente restrictivo del art.9 sobre el derecho interno. En este sentido, si el Convenio no se pronuncia acerca de una materia, la aplicación del derecho interno a nivel convencional permanece inalterada, por lo que si un CDI careciese de un precepto equivalente al art.9.1 MCOCDE, los Estados firmantes podrían llevar a cabo ajustes sobre beneficios de entidades vinculadas atendiendo a su derecho interno sin ningún tipo de restricción.

2.1.3. *El art.9.1 no es meramente enunciativo.*

Los CMOCDE14 expresan un enfrentamiento de posiciones entre Estados que interpretan el art.9 como una norma que contiene una restricción imperativa que ha de respetarse en todo caso y aquellos que relegan tal precepto a una posición meramente ilustrativa respecto de la aplicación del *arm's length principle*³³². Este segundo enfoque

OCDE titulado Transfer Pricing and Multinational Enterprises. *OECD 1984 Transfer Pricing and Multinational Enterprises. Three Taxation Issues*, par.70: “Sería claramente inaceptable el obligar al Estado B a proveer un ajuste correlativo automático, considere o no que el ajuste realizado en el Estado A se justifica por principio y en la cuantía, ya que esto daría lugar a requerir que el Estado B otorgase al Estado A un cheque en blanco (sic)”. En caso de discrepancia, este precepto obliga simplemente a negociar, no a concluir acuerdo alguno.

³³¹ Cabe mencionar además que esta regla de atribución –conocida como *Authorised OECD Approach* o AOA– se basa en el principio de empresa separada y en el *arm's length*, vid. CMOCDE14 art.7, par.15 y ss.

³³² CMOCDE14, art.9, par.4. Vid. asimismo UN-PMTP, par.1.7.13 donde se plantea la misma dicotomía, si bien en el par.1.7.14 se indica que “el poder tributario de cada Estado contratante se basa en su normativa interna y puede verse limitado por el tratado, pero nunca extendido”.

implicaría privar a la norma de contenido obligatorio³³³.

La OCDE se planteó esta disyuntiva respecto a las normas domésticas de subcapitalización y cómo se verían afectadas por la aplicación del art.9³³⁴. La elaboración de los *IFA Cahiers* de 1996 sobre subcapitalización reflejó en su momento que la mayoría de Estados otorgan al art.9 una función de restricción en la aplicación de su derecho interno; de hecho, resulta harto complicado encontrar posiciones próximas al entendimiento de tal artículo como ilustrativo, aunque MAISTO sostuvo una posición distinta en el *general report* que elaboró sobre el tema³³⁵. El autor italiano señala los ejemplos de Alemania y Estados Unidos como países que optarían por la visión ilustrativa; sin embargo WITTENDORFF desmonta acertadamente tal conclusión³³⁶: Alemania, uno de los países señalados por el autor italiano, en realidad dispone que pueden emplearse métodos alternativos, siempre que se respete el *arm's length principle*. La política oficial de Estados Unidos, por otra parte, dota el *arm's length principle* de contenido obligatorio. Sólo la administración belga, en una circular de 1999, sostiene la no obligatoriedad del art.9.1³³⁷, de modo que la referencia en el MCOCDE a este punto planteado como un conflicto de posiciones entre diferentes Estados debería eliminarse, pues su trascendencia es casi nula³³⁸.

Existen ciertas dudas acerca de la obligatoriedad de la consecuencia jurídica enunciada en el art.9.1, derivadas del empleo del término “podrán” (*may*) para referirse al ajuste primario en los beneficios de la empresa residente en el Estado que lo practica. La utilización de esta expresión implica la existencia de diversos resultados interpretativos posibles pero dispares, sobre los que deberemos escoger aquél más acorde con la finalidad del precepto. De esta forma, *may* es susceptible de ser interpretado de

³³³ Sigue este enfoque la administración belga, vid. DE BROE (2008), p.513. En su momento la administración alemana también mantuvo esta línea, vid. VOGEL (1997), p.468. KROPPE; EIGELSHOVEN (2002), p.16, si bien el *Bundesfinanzhof* ha terminado por otorgar a la norma un efecto restrictivo en la línea descrita más arriba. Vid. BFH 11 octubre 2012, I R 75/11 (2012, Tribunal Fiscal Federal, Alemania), decisión citada en ANDRESEN; KERENYI (2013), p.183 et seq; DITZ; SCHNEIDER 2014), p.189 et seq. El Tribunal Supremo en España también niega al art.9 el carácter de norma que imponga una restricción al derecho interno, vid. STS 8 de octubre de 2009, caso *Inmobiliaria Urbis* (2008, Tribunal Supremo, España), FJ6º *in fine*, si bien no aporta argumentos que sustenten tal postura.

³³⁴ OECD 1987 *thin capitalization*, par.29-32.

³³⁵ MAISTO (1992), p.60-61.

³³⁶ WITTENDORFF (2010a) p.196.

³³⁷ DE BROE (2008), p.513.

³³⁸ CMOCDE10 art.9 par.4. Cfr. GREGORIO (2011), p.235-236.

diferentes formas.

Primero, puede significar que el Estado que aplica el Convenio no estaría obligado a respetar el *arm's length principle* al no contener un mandato sino una posibilidad. Esta posición no es aceptable porque convierte al precepto en meramente informativo³³⁹. Es preciso descartar de plano tal interpretación pues carece de sentido introducir un precepto referido a ajustes de precios en operaciones vinculadas de construcción compleja y definición precisa que resulte ser una norma superflua³⁴⁰. Esta opción es además contraria al principio de efectividad de las normas³⁴¹, que indica que a cada precepto se le debe atribuir un significado y efectos concretos, en contraposición a un mero papel enunciativo.

Segundo, que el Estado en que se aplique el Convenio, siempre que exista una transacción que entre dentro del ámbito de aplicación del art.9, debe llevar a cabo un ajuste primario conforme al *arm's length principle*, independientemente de si existe una norma equivalente en derecho interno. Esta opción ya ha sido descartada por los argumentos expuestos *supra*, si bien cabe añadir que desde 1963 el término *may* (podrá) sustituyó a *shall* (deberá)³⁴², cambio que refuerza la posición defendida.

Tercero, que el Estado en que se aplique el Convenio y cuya normativa interna permita realizar un ajuste sobre beneficios de transacciones entre entidades vinculadas que encajen en el presupuesto de hecho definido en el art.9.1, debe respetar el *arm's length standard*. Consideramos que esta postura es la única correcta. Por un lado no deja al arbitrio de los Estados contratantes la realización de correcciones si así lo exige su normativa interna y por otro se respeta en el principio de plena competencia en aquellos supuestos previstos por la norma.

³³⁹ Vid. BULLEN (2011), p.70 se apoya en ENGELEN para afirmar que esta interpretación contradice el principio de efectividad, que implica que la aplicación de toda norma coactiva debe resultar en efectos concretos y no en una mera afirmación carente de repercusiones prácticas.

³⁴⁰ VOGEL (1997), p.468. WITTENDORFF (2009), p.112. KOFLER (2015), m.no.14.

³⁴¹ BULLEN (2011), p.70, se apoya en ENGELEN (2004), p.179-185.

³⁴² Modificación introducida por el documento OCDE *Draft Double Taxation Convention on Income and Capital* (1963), art.9. Según VANN (2003), p.150 el cambio en la terminología presumiblemente se produce porque la OCDE no pretende requerir la realización de ajustes “cuando un país no quiera realizarlos o no tenga la autoridad para ello según derecho interno”.

En consecuencia, el término *may* significaría que un Estado debe corregir una operación atendiendo al *arm's length standard*, siempre que su normativa interna permita llevar a cabo el ajuste³⁴³. La connotación de opción que encierra este término, consideramos acertado referirla a la posibilidad de que un Estado en su normativa interna decida permitir ajustes en el precio de operaciones entre partes vinculadas.

2.1.4. El art.9.1 no restringe todos los ajustes que deriven del derecho interno.

Una vez se concluye que el mandato del art.9.1 es de restricción sobre la posibilidad de realizar ajustes sobre beneficios a través de la normativa interna, se hace preciso conocer el alcance de la misma. Se plantea en este sentido la cuestión de si existe una prohibición en la realización de ajustes sobre aquellas situaciones que no encajan en su presupuesto de hecho. La doctrina alemana más autorizada³⁴⁴ entiende que no se puede interpretar el art.9 de esta manera, dado que en su dicción no se encuentra traza alguna que apoye tal afirmación. Cuando el Convenio calla, el derecho de gravamen bajo derecho interno permanece inalterado³⁴⁵. Para WITTENDORFF el motivo para rechazar esta interpretación reside en la idea de que un tratado no restringe generalmente el derecho de gravamen del Estado de residencia³⁴⁶.

En consecuencia, resulta desacertado esgrimir la naturaleza restrictiva de los CDI para sostener que el art.9.1 impide la realización de ajustes en operaciones que no encajen en

³⁴³ Vid. en el mismo sentido VOGEL (1997), p.484; CALDERÓN CARRERO; MARTÍN JIMÉNEZ (2012), p.65 “es un límite en la metodología y principios aplicables para determinar y ajustar los beneficios de las empresas asociadas, de manera que sólo cuando se cumpla el principio de imposición a precios de mercado se estará dentro del marco regulador del art.9 [...] el art.9.1 MCOODE no permite los ajustes entre empresas vinculadas si no existe una norma interna que regule esta posibilidad”.

³⁴⁴ Relacionada en WITTENDORFF (2010a), p.199-200, si bien cfr. literatura citada en KOFLER (2015), m.no.16, nota al pie 85.

³⁴⁵ PÖLLATH; RÄDLER (1982) *Gewinnberichtigungen zwischen verbundenen Unternehmen ohne Rücksicht auf Abkommensrechts?* (Der betrieb, p.561 y 617), trabajo citado en WITTENDORFF (2010a), p.200. Contra, PALAO TABOADA (1994), p.83. GARCÍA PRATS (2005a), p.551 afirma que el art.9.1 habilita o autoriza la realización de ajustes. El autor reitera su postura en GARCÍA PRATS (2010a), p.527 y GARCÍA PRATS (2010b), p.22. A nuestro parecer tal afirmación no es adecuada, ya que de no existir tal precepto en la red de Convenios vigente, la realización de ajustes de valoración no encontraría límite en las reglas de distribución de la potestad tributaria, con la única excepción del art.7.2, referido a la atribución de beneficios a establecimientos permanentes.

³⁴⁶ WITTENDORFF (2010a), p.202.

su presupuesto de hecho³⁴⁷, aunque estos supuestos serán escasos precisamente por la amplitud de la configuración del precepto convencional, de modo que la repercusión práctica de la discusión será escasa³⁴⁸. La lógica aplicación de la norma impone que su consecuencia jurídica sólo surta efectos en aquellos supuestos que encajen en el presupuesto de hecho de la misma.

2.1.5. El art.9.1 no sirve a los propósitos de calificación de la renta.

El art.9.1 es una norma referida a la valoración de operaciones que no realiza alusión alguna a la calificación de las rentas³⁴⁹. El reparto de la potestad tributaria en el marco de este precepto no se efectúa por tanto a través del tratamiento analítico de una renta concreta sino del establecimiento de límites al derecho interno respecto de la realización de ajustes sobre los beneficios de entes vinculados. La calificación se lleva a cabo bien mediante la aplicación del art.7 –referido a rentas empresariales-, bien mediante el precepto que corresponda si su aplicación se excluye según lo establecido en el art.7.4³⁵⁰. No podemos olvidar asimismo que los parámetros internos de calificación de rentas también son relevantes al efecto de aplicar correctamente las disposiciones de los CDI, en tanto ambos planos interactúan entre sí³⁵¹.

El art.9.1 no toma un punto de partida analítico de categorías de renta, sino que se refiere a los "beneficios" obtenidos por empresas en términos generales sin discriminar el origen o la fuente de los mismos³⁵². Por tanto, el art.9 es una norma de valoración que

³⁴⁷ Contra LEHNER (1982) *Möglichkeiten zur Verbesserung des Verständigungsverfahrens auf der Grundlage des EWG-Vertrages* (Múnich: Beck), p.36 y ss., citado en WITTENDORF (2009), p.113-114. SCHOUERI (1997), p.68. SCHOUERI (2006), par.13.5.2.2.

³⁴⁸ BULLEN (2011), p.74.

³⁴⁹ En el mismo sentido, GARCÍA PRATS (2005a), p.550.

³⁵⁰ Contra WASSERMEYER DBA, art.7, m.no. 160 y 160c citado en WITTENDORFF (2010b), p.202-203, quien defiende que el art.9 no es aplicable en supuestos de rentas que no encajen dentro del ámbito de aplicación del art.7.

³⁵¹ Vid art.3.2 y art.23 MCOCDE. Vid. sobre esta discusión el debate entre profesores Rust, Vogel y Avery Jones en RUST (2003), VOGEL (2003), AVERY JONES (2003).

³⁵² Vid. MCOCDE14 art.7 par.71, “aun cuando no se ha considerado necesario definir el término “beneficios” en el convenio, debe entenderse en todo caso que el término, utilizado en este artículo y en los restantes del convenio, tiene un significado amplio que incluye todas las rentas procedentes de la explotación de una empresa”.

no condiciona en modo alguno la regla de reparto que resulte aplicable³⁵³.

Con todo, el *arm's length principle* también puede emplearse -además de en su vertiente de valoración- como parámetro para determinar la calificación de rentas. Así sucede en el supuesto de los arts.11.6 y 12.4, que tienen por objeto limitar el ámbito de aplicación de las disposiciones relativas al reparto de la potestad tributaria en los supuestos de intereses -art.11- y cánones -art.12- cuando el importe de la renta, en virtud de relaciones especiales que deudor y beneficiario efectivo mantengan entre sí o con terceros, exceda del que se habría convenido si el deudor y el beneficiario efectivo fueran sujetos no vinculados³⁵⁴. En tal supuesto, las disposiciones del artículo sólo se aplicarán a dicha cantidad y el exceso será sometido a imposición de acuerdo con la legislación de los dos Estados contratantes y teniendo en cuenta las demás disposiciones del Convenio³⁵⁵.

Se emplea por tanto la referencia del *arm's length principle* para fijar el monto del canon o interés abonados que no encaja en el ámbito de aplicación de tales artículos y por consiguiente, su calificación a nivel convencional deberá realizarse atendiendo al resto del articulado del convenio; en ningún caso son normas referidas a aspectos de valoración o de ajustes en la cuantificación de rentas, de modo que sus efectos difieren de los derivados del art.9.1³⁵⁶.

En consecuencia, si bien tanto el art.9 como los arts.11.6. y 12.4 pueden surtir sus efectos ante una misma renta, tanto aquél como éstos son susceptibles de ser aplicables al mismo tiempo sin que exista posibilidad de fricción³⁵⁷. Deben descartarse por tanto

³⁵³ Principalmente: MCOCDE14 art.7 (beneficios empresariales), art.11 (intereses), art.12 (cánones).

³⁵⁴ La redacción de los arts.11.6 y 12.4 sólo difiere en las referencias concretas al tipo de renta que están regulando: “Cuando, por las relaciones especiales existentes entre el deudor y el beneficiario efectivo o por las que uno y otro mantengan con terceros, el importe de los intereses (en cánones: las regalías), habida cuenta del crédito (en cánones: uso, derecho o información) por el que se paguen, exceda del que habrían convenido el deudor y el beneficiario efectivo en ausencia de tales relaciones, las disposiciones de este artículo no se aplicarán más que a este último importe. En tal caso la cuantía en exceso podrá someterse a imposición de acuerdo con la legislación de cada Estado contratante, teniendo en cuenta las demás disposiciones del presente Convenio”.

³⁵⁵ CMOCDE14 art.11 par.32; art.12 par.22. Se entiende que la aplicación del art.23 se incluiría entre ellas viéndose en su caso corregida la doble imposición.

³⁵⁶ Vid. en el mismo sentido BULLEN (2011), p.72.

³⁵⁷ WITTENDORFF (2010a), p.187. La OCDE entiende que atendiendo al diseño de los arts.11.6/12.4 existen posibilidades de conflicto con el art.9, aunque también añade que tanto aquéllos como éste

aquellas posturas que defienden la prevalencia de los arts.11.6/12.4 sobre el art.9 según el criterio *lex specialis*³⁵⁸. Tampoco es razonable la defensa de la inaplicabilidad del art.9.1 a intereses y cánones, porque el presupuesto de hecho del art.9 incluye sin lugar a dudas este tipo de rentas, y tal precepto no incluye una limitación equivalente a la del art.7.4. Una vez más debemos reiterar que la clave de la distinción reside en diferenciar el art.9 y el *arm's length principle*, pues éste es un parámetro que aquél precepto emplea –una unidad de medida-, pero del que se puede hacer uso en otros preceptos –sean convencionales o internos- como sucede en el caso de los art.11.6/12.4.

2.1.6. El art.9.1 restringe la realización de ajustes transaccionales contrarios al principio de plena competencia.

Una vez delimitados los caracteres básicos del art.9, su función en los CDI y su relación con el derecho interno, trasladaremos nuestras conclusiones al ámbito de los ajustes transaccionales para conocer el impacto de este precepto sobre los mismos.

Según el art.9.1, para que el presupuesto de hecho se vea satisfecho es necesario la vinculación entre empresas –elemento subjetivo- y la necesidad de que éstas, en sus relaciones comerciales o financieras, estén unidas por condiciones aceptadas o impuestas que difieran de las que serían acordadas por partes independientes –elemento objetivo-. Si ambos requisitos se ven cumplidos de manera concurrente, la consecuencia jurídica consiste en la posibilidad de asignar -por parte del Estado que pretende ejecutar el ajuste en aplicación de su derecho interno- beneficios a la empresa inspeccionada de acuerdo con las condiciones que partes independientes habrían acordado.

Nótese por tanto que la operación entre partes vinculadas forma parte del presupuesto de hecho de la norma y que si existen discrepancias en las condiciones, éstas deberán modificarse para acomodarse a la práctica de partes no vinculadas. Para BULLEN, el empleo de los términos “condiciones” y “beneficio” son determinantes frente a otros

preceptos surten el mismo efecto, afirmación errónea a nuestro parecer-. Vid. *OECD 1987 Thin Capitalization* par.61, par.62, par.85. Contra VOGEL (1997), p.465 entiende que los arts.11.6/12.4 son *lex specialis* frente al art.9.

³⁵⁸ Cfr. CALDERÓN CARRERO; MARTÍN JIMÉNEZ (2012), p.66.

como “precio” o “contraprestación”³⁵⁹, ya que suponen un indicador de la posibilidad de llevar a cabo ajustes en cualquier condición de la operación³⁶⁰. No obstante, a nuestro entender, dado que la práctica de un ajuste transaccional derivará en última instancia en un ajuste primario –de valoración- el empleo de uno u otro conjunto de términos debería resultar irrelevante.

El art.9 en consecuencia permitirá la realización de ajustes transaccionales siempre que respeten el *arm's length principle*, parámetro que fijará los límites a este tipo de prácticas de acuerdo con los criterios que analizaremos en profundidad en el capítulo III. Esta idea es crucial puesto que el art.9 servirá como barrera a la aplicación de normativa interna sobre modificación de beneficios de entidades vinculadas basadas en un desconocimiento de la operación según ha sido estructurada por partes independientes cuando quede patente que sus efectos no comportan un resultado acorde al principio de plena competencia.

Por último cabe resaltar el papel del art.9.1 como norma restrictiva, característica que determina la imposibilidad de emplear este precepto como soporte autónomo para efectuar ajustes transaccionales. Imaginemos que a nivel interno, a pesar de existir normativa sobre operaciones vinculadas, nada se afirma acerca de la posibilidad de poder practicar ajustes sobre las condiciones de la operación. El hecho de que el art.9.1 permita su realización a nivel convencional no permite obviar la necesidad de una base legal suficiente que derive del derecho interno del Estado que pretende efectuar el ajuste. Por tanto, será necesario interpretar la normativa interna para conocer si esta posibilidad existe.

Con todo, en España estas pautas no encuentran reflejo en la jurisprudencia que mantiene el Tribunal Supremo desde el caso *BICC*³⁶¹, al que nos hemos referido brevemente más arriba al tratar el problema del carácter dependiente del art.9 respecto del derecho interno. Este supuesto puede resumirse en la realización de una operación

³⁵⁹ BULLEN (2011), p.109.

³⁶⁰ BULLEN (2011), p.111 entiende que el diseño del precepto podría reflejar términos menos amplios como sucede en los arts.11.6 y 12.4, que se refieren a “cuantía” y no a “condiciones”, de modo que la elección de los términos impone otorgales un contenido concreto y distinto en cada caso.

³⁶¹ SAN 21 mayo 2009, caso *BICC* (2009, Audiencia Nacional, España). STS 18 julio 2012, caso *BICC* (2012, Tribunal Supremo, España).

de compraventa de participaciones de otras entidades del grupo por parte de una entidad residente en España a una entidad residente en EEUU -vinculada-, con financiación externa prestada por una entidad financiera residente en Reino Unido -no vinculada- y posterior venta a pérdida de las mismas a favor de otra entidad –residente en Reino Unido y vinculada-.

Tanto la Audiencia Nacional como el Tribunal Supremo fallaron a favor de la administración y denegaron la deducción de la pérdida patrimonial derivada de la venta como de los intereses pagados a la entidad no vinculada –entre otras consecuencias-, basando su postura exclusivamente en el art.9 de los CDI suscritos entre España - Reino Unido³⁶² y España - Estados Unidos³⁶³.

En efecto, ambos tribunales desecharon de manera explícita el argumento esgrimido por el contribuyente acerca de la necesidad de basar los ajustes en normativa interna dado el carácter meramente restrictivo del art.9. Consideraron por el contrario que el art.16 TRLIS³⁶⁴ no era aplicable porque lo esencial no era la determinación del importe de la operación o la cuantía de la misma, sino la constatación de que una operación determinada no hubiese sido realizada de no haber concurrido vinculación entre las partes. Ante tal situación, establecen ambas sentencias que el art.9 autoriza a las autoridades competentes a realizar “los ajustes correspondientes”, sin señalar argumentos que respalden esta postura. El tribunal no entra a considerar la naturaleza del art.9, la función que ejerce dentro de los CDI aplicables al caso o su interacción con el derecho interno. Para la Audiencia Nacional y el Tribunal Supremo el art.9 crea potestad tributaria, potestad que se basará en una decisión ad hoc por parte de la administración sobre qué hubiesen hecho partes vinculadas y cuyos efectos se pueden extender incluso a operaciones efectuadas entre entidades no relacionadas, como sucede con la operación de financiación entre la entidad residente española y la financiera inglesa no vinculada. La interpretación que estos tribunales hacen del precepto

³⁶² Convenio suscrito entre el Reino de España y el Reino Unido e Irlanda del Norte (21 de octubre de 1975).

³⁶³ Convenio suscrito entre Reino de España y los Estados Unidos de Norteamérica (22 de febrero de 1990).

³⁶⁴ Art.16.1.1º TRLIS: “Las operaciones efectuadas entre personas o entidades vinculadas se valorarán por su valor normal de mercado. Se entenderá por valor normal de mercado aquel que se habría acordado por personas o entidades independientes en condiciones de libre competencia”.

desvirtúan completamente los límites de su dicción, hasta el punto de que la decisión que alcanzan ha de reputarse contraria a dicha norma.

2.2. El derecho interno como base jurídica para la realización de ajustes transaccionales.

La normativa sobre precios de transferencia en el derecho interno constituye la base para efectuar ajustes sobre los beneficios derivados de operaciones entre partes vinculadas³⁶⁵, con el matiz de las restricciones sobre su aplicación en el ámbito convencional que ya hemos tenido ocasión de analizar. La realización de ajustes transaccionales dependerá en gran medida del diseño de la norma interna en cuestión, en tanto existen diferentes formas de articular la posibilidad de efectuar modificaciones sobre las condiciones de la operación entre vinculadas en el seno del análisis de comparabilidad.

El propósito del presente apartado es analizar las distintas maneras existentes de estructurar la realización de ajustes transaccionales en el Ordenamiento interno expresadas en cuatro categorías distintas con sus correspondientes ejemplos, a saber: (1) autorización en norma con rango de ley con desarrollo de los parámetros para realizar el ajuste en la propia ley (Australia); (2) autorización en norma con rango de ley con desarrollo de los parámetros para llevar a cabo el ajuste en regulaciones administrativas (Canada); (3) autorización en norma con rango de disposición administrativa (EEUU) (4) autorización en norma con rango de ley sin parámetros sobre la manera en que se ha de proceder con el ajuste (España, LIS 2014); (5) ausencia de autorización explícita (España, TRLIS 2004).

El estudio de las distintas variantes mencionadas es clave, porque en cada modelo, los límites a la realización de ajustes transaccionales se definirán de manera distinta, en especial en lo referido a la función que el *arm's length standard* debe desempeñar. En otros términos, el elemento clave para discernir posibles restricciones sobre la realización de ajustes transaccionales reside en la posición en que se sitúa tanto la

³⁶⁵ No en vano, en UN-PMT13, par.1.7.2 se indica que la normativa sobre precios de transferencia es “una criatura de derecho interno”.

norma general interna *at arm's length* como la autorización a la realización de estos ajustes y el desarrollo de los requisitos necesarios para ello, además de la consecuencias previstas en cada caso.

Dado que el modelo de realización de ajustes transaccionales que proponemos en esta tesis se basa en este principio, el estudio de su posible implementación en el derecho interno de diferentes Ordenamientos es un aspecto crucial para comprender su implicación práctica. El análisis de esta normativa sirve además a los propósitos de determinar las características básicas de sistemas jurídicos que se tomarán como referencia para tratar cuestiones concretas sobre la correcta realización de ajustes transaccionales y la definición de límites a este respecto.

2.2.1. Autorización en norma con rango de ley con desarrollo de los parámetros para llevar a cabo el ajuste en la propia ley (Australia).

Australia cuenta con un marco normativo sobre precios de transferencia desde 1982 como respuesta a la publicación de las guías OCDE sobre precios de transferencia de 1979. No obstante, en los años 2012 y 2013 se llevó a cabo una reforma integral para adaptar la norma a las pautas establecidas en las TPG10³⁶⁶, texto que por ley se emplea como referencia para la interpretación. Las modificaciones introducidas surgieron además como reacción a la jurisprudencia adversa para los intereses de la administración en los casos *Roche* (2008)³⁶⁷ y *SNF* (2011)³⁶⁸. El legislador decide

³⁶⁶ Subsección 815-20 ITA.

³⁶⁷ *Roche Products Pty Ltd v Commissioner of Taxation* (2008, Tribunal Administrativo de Apelaciones, Australia). El caso trata la adquisición de fármacos por parte de Roche Australia. La administración considera que el precio abonado es excesivo de acuerdo con el empleo del método del margen neto transaccional. El tribunal sin embargo aplica el método del coste de reventa y rebaja sustancialmente el ajuste propuesto. Vid. BUTLER; WHITE (2014), p.315.

³⁶⁸ *Commissioner of Taxation v SNF Australia Pty Ltd* (2011, Tribunal Federal, Australia). En este supuesto, SNF Australia adquiere químicos floclantes y coagulantes de una entidad vinculada. La administración trata de aplicar el método del margen neto transaccional. El Tribunal falla a favor del contribuyente, que hizo uso del método del precio libre comparable, con ciertas modificaciones para adaptarlo a las circunstancias del caso. Vid. BUTLER; PENGELLY (2012), p.320.

responder adaptando la normativa australiana a las novedades introducidas en las TPG³⁶⁹.

En la actualidad, la subdivisión 815-A -secciones 815-1 a 815-40- de la ley del impuesto sobre la renta (*Income Tax Assessment Act*) de 1977 contiene las reglas referidas a precios de transferencia en un contexto transfronterizo³⁷⁰. Su aplicación requiere la existencia de un beneficio, que podrá resultar en un menor ingreso o un mayor gasto, de acuerdo con aquello que partes independientes hubiesen acordado³⁷¹. La norma se aplica solamente a operaciones internacionales y en supuestos en que haya una merma recaudatoria, no así cuando el contribuyente resulte mejor parado por aplicación de esta normativa³⁷².

La referencia a la configuración de la operación y la posibilidad de efectuar ajustes transaccionales se localiza en la subsección 815-830. Su estructura consta de una regla básica –*basic rule*, en términos literales del legislador-³⁷³ referida a la identificación de las condiciones relativas a las relaciones comerciales o financieras entre las partes, acompañada de una serie de excepciones³⁷⁴, que constituyen el presupuesto de hecho de los ajustes transaccionales, a saber (1) la sustancia de la operación no es consistente con la forma (2) partes independientes habrían alcanzado un acuerdo distinto al planteado entre partes vinculadas (3) partes independientes no habrían llegado al acuerdo alcanzado entre partes vinculadas.

En el marco de la normativa australiana, la cláusula general *at arm's length*, la norma que autoriza la realización de ajustes transaccionales y el desarrollo de ésta última se

³⁶⁹ HOUSEMAN; BOHRA (2014), p.31. JAMES et al. (2011), p.23. GONZAGA (2014), p.436. COOPER (2013), p.124 indica que tras SNF, que supuso una pérdida de 2 millones de dólares australianos, la administración convenció al gobierno para enmendar la normativa sobre precios de transferencia, por lo que califica esta sentencia de “victoria pírrica” por ser el suceso que verdaderamente inclinó la balanza a favor de un cambio de legislación en tal sentido.

³⁷⁰ El texto original de la norma base de operaciones vinculadas se encuentra en la sección 815-5: “the object of this Subdivision is to ensure the following amounts are appropriately brought to tax in Australia, consistent with the arm's length principle:

(a) profits which would have accrued to an Australian entity if it had been dealing at arm's length, but, by reason of non-arm's length conditions operating between the entity and its foreign associated entities, have not so accrued [...]”.

³⁷¹ La subsección 815-15 detalla estas circunstancias con un grado de precisión considerable.

³⁷² Par.48 Ruling TR 2014/D3.

³⁷³ Subsección 815-830 (1) par.20 et seq.

³⁷⁴ Subsección 815-830 (2) par.28 et seq.

sitúan en el mismo nivel jerárquico en una norma con rango de ley, a salvo de posteriores concreciones en la *Draft Ruling* TR 2014/D3³⁷⁵, documento emitido por parte de la administración fiscal australiana para interpretar las disposiciones de las subsecciones mencionadas. En este caso, suponiendo que la realización de ajustes transaccionales no respeta los límites que el *arm's length* impone, este dato sería irrelevante porque no existe una norma de rango superior que impida su aplicación, salvo que nos encontremos ante operaciones transfronterizas a las que sea aplicable un CDI que contenga una cláusula similar a la del art.9 MCOCDE. En tal caso éste precepto sí impedirá la realización del ajuste transaccional a nivel convencional.

2.2.2. Autorización en norma con rango de ley con desarrollo de los parámetros para llevar a cabo el ajuste en regulaciones administrativas (Canadá).

La norma de operaciones vinculadas en Canada se encuentra en la sección 247 de la Ley del impuesto sobre la renta (*Income Tax Act*)³⁷⁶ y a diferencia de la gran mayoría de normas internas en derecho comparado, prevé expresamente la posibilidad de realizar ajustes transaccionales. Esta norma entró en vigor en 1998, sustituyendo a la anterior regulación en la materia³⁷⁷ para alinearse con las recomendaciones de la OCDE. Existen además diversas circulares que vinculan a la administración tributaria canadiense -no así a los contribuyentes ni a los tribunales³⁷⁸ - en que se regula con mayor grado de detalle diversos aspectos técnicos en línea con lo previsto en las TPG. Este instrumento de *soft law* es usado con frecuencia -en especial por parte de la administración- y los tribunales emplean los argumentos que contiene³⁷⁹.

³⁷⁵ *Draft Ruling* TR 2014/D3: Income tax, transfer pricing – the application of section 815-130 of the Income Tax Assessment Act 1997. En *PWC 2014 Australia. ATO issues draft ruling on reconstruction of transactions*, se indica que este *ruling* se ha escrito en términos amplios y ambiguos y que no añade nada a lo ya establecido en el memorando de explicación (*explanatory memorandum*) de la subdivisión 815-B (explicar qué es esto y dar referencia) y las TPG. Como veremos más adelante, la mayor parte de los problemas planteados al hilo del estudio de las TPG se reproducen a nivel interno en Australia precisamente por su afán de seguir las directrices marcadas por aquéllas.

³⁷⁶ Canadian Income Tax Act, R.S.C. 1985, c.1 (5th Supp.).

³⁷⁷ Subsecciones 69(2) –referida a gastos- y 69(3) –referida a la percepción de rentas por parte de un residente canadiense derivadas de operaciones contrarias al *arm's length standard*. Vid. WILKIE; SAMTANI (2014), p.10.

³⁷⁸ GOGUEN; STEWART (2012), p.172.

³⁷⁹ Vid. *inter alia* *Canada v. GlaxoSmithKline Inc.* (2012, Tribunal Supremo, Canadá); *Alberta Printed Circuits Ltd. v. Canada* (2011, Tribunal Fiscal, Canadá).

El apartado 2 de la sección 247 es el núcleo de la norma en tanto contiene una pauta idéntica al *arm's length principle*³⁸⁰, aunque su estructura es doble: por un lado, en las letras a) y c) del precepto se enuncia la necesidad de que los términos y condiciones acordadas o impuestas se correspondan con aquellas que partes independientes habrían acordado para evitar la realización de ajustes por precios de transferencia. Por otro lado, se indica que si las operaciones entre sujetos vinculados no hubiesen sido acordadas entre partes independientes y es razonable considerar que no se habrían efectuado de haber mediado buena fe en la obtención de un resultado distinto al de la consecución de una ventaja fiscal, se ajustará la cuantía o naturaleza de la operación atendiendo a aquella que hubiese sido acordada *at arm's length*, según las letras b) –presupuesto de hecho- y d) -consecuencia jurídica-³⁸¹.

No obstante, según disponen las letras a) y c) también sería posible modificar los términos y condiciones de la operación para que el ajuste primario que se realizase al amparo de ambos preceptos en última instancia reflejase las desviaciones de estos parámetros conforme a aquello que partes no vinculadas hubiesen acordado. El presupuesto de hecho de la letra b) se puede subsumir por completo en la letra a), ya que en cualquier caso los términos o condiciones fijados diferirán con respecto a lo que acordarían partes independientes.

³⁸⁰ “Where a taxpayer or a partnership and a non-resident person with whom the taxpayer or the partnership, or a member of the partnership, does not deal at arm's length (or a partnership of which the non-resident person is a member) are participants in a transaction or a series of transactions and

(a) the terms or conditions made or imposed, in respect of the transaction or series, between any of the participants in the transaction or series differ from those that would have been made between persons dealing at arm's length, or

(b) the transaction or series

(i) would not have been entered into between persons dealing at arm's length, and

(ii) can reasonably be considered not to have been entered into primarily for bona fide purposes other than to obtain a tax benefit,

any amounts that, but for this section and section 245, would be determined for the purposes of this Act in respect of the taxpayer or the partnership for a taxation year or fiscal period shall be adjusted (in this section referred to as an “adjustment”) to the quantum or nature of the amounts that would have been determined if,

(c) where only paragraph 247(2)(a) applies, the terms and conditions made or imposed, in respect of the transaction or series, between the participants in the transaction or series had been those that would have been made between persons dealing at arm's length, or

(d) where paragraph 247(2)(b) applies, the transaction or series entered into between the participants had been the transaction or series that would have been entered into between persons dealing at arm's length, under terms and conditions that would have been made between persons dealing at arm's length.”

³⁸¹ THOMPSON (1998), p.328 indica que la potestad que la norma otorga a la administración en tal sentido es excesiva.

El solapamiento entre ambos preceptos puede generar conflictos de interpretación resultantes de la contradicción que supone enunciar un presupuesto de hecho doble, en que una de sus variantes es más específica que la otra pero completamente subsumible y además ambas comparten una misma consecuencia jurídica³⁸². Incluso parece que el legislador se percató de este problema ya que la letra c) establece que “cuando *sólo* se aplique el párrafo 247(2)(a) [...]” frente a la letra d), que reza “cuando sea aplicable el párrafo 247(2)(b) [...]”. En este último caso se admite implícitamente que si una situación encaja en el presupuesto del párrafo 247(2)(d), también lo hará en la letra (a).

Es más, aunque la letra b) se refiera a la recaracterización completa de una operación o conjunto de operaciones, ésta situación en realidad también es subsumible en la letra a) ya que en última instancia en este supuesto también se modifican los términos y condiciones de la operación.

La conclusión que alcanzamos tras el análisis de la construcción de la norma es que el presupuesto de hecho de la letra b) complementado por el inciso d) del párrafo 247(2) es supérfluo y debería eliminarse en aras de mejorar la claridad de la norma y su correcta aplicación. Si bien en la actualidad ambos supuestos de hecho coexisten, la práctica ha demostrado que la administración prefiere emplear las letras a) y c) para llevar a cabo ajustes transaccionales debido a los requisitos complementarios que supuestamente es necesario cumplir para resolver un supuesto concreto por la vía de las letras b) y d)³⁸³. Con todo, sí se logra un efecto concreto mediante la distinción entre ambos bloques de preceptos, pues la potestad de la administración para modificar términos y condiciones de una operación que no encuentre comparables se hace notoria, lo que redundaría en una presencia mayor de esta figura en comparación con aquellas jurisdicciones en que nada se indica acerca de la posible consecución de ajustes transaccionales en el ámbito de las operaciones vinculadas

³⁸² Da cuenta de la confusa redacción del precepto BLOOM (2012), p.1 al referirse a la sección 247(2)(b) como una “regla de recaracterización cuya génesis, propósito y ámbito se encuentra rodeada de misterio”.

³⁸³ ROBERGE (2013), p.233.

En el supuesto de la normativa canadiense, la norma general *at arm's length* y la norma que autoriza la realización de ajustes transaccionales tienen rango de ley y su distinción es superflua. En tal supuesto, si el desarrollo de pautas sobre la realización de ajustes transaccionales previsto en textos elaborados por la administración es contrario al *arm's length standard*, su contenido resultará inaplicable.

2.2.3. Autorización en norma con rango de disposición administrativa (Estados Unidos).

En Estados Unidos, la sección 482 del *Internal Revenue Code* contiene la pauta que sustenta la realización de ajustes sobre precios de transferencia para prevenir “la evasión de impuestos o reflejar de manera clara la renta de las entidades”³⁸⁴. Este último inciso encierra la esencia del *arm's length* ya que para lograr el objetivo que se propone es necesario atender a las condiciones que partes independientes hubiesen pactado. A su vez, la sección 482 determina la posibilidad de llevar a cabo ajustes *ex post* en supuestos de transmisión de intangibles. Si bien éste es un buen ejemplo de norma específica sobre ajustes transaccionales, a los efectos del presente subapartado nos centraremos en las *Regulations* que emanan de la administración tributaria, que contienen pautas referidas a la práctica de ajustes transaccionales generales.

Las Treas. Reg. § 1.482-1(f)(2)(ii)(A) indican que el director de distrito podrá llevar a cabo ajustes tomando como referencia alternativas que el contribuyente podría haber escogido a la hora de estructurar la operación o cuando ésta carezca de sustancia económica³⁸⁵.

³⁸⁴ Texto original del par.482 IRC: “in any case of two or more organizations, trades, or businesses (whether or not incorporated, whether or not organized in the United States, and whether or not affiliated) owned or controlled directly or indirectly by the same interests, the Secretary may distribute, apportion, or allocate gross income, deductions, credits, or allowances between or among such organizations, trades, or businesses, if he determines that such distribution, apportionment, or allocation is necessary in order to prevent evasion of taxes or clearly to reflect the income of any of such organizations, trades, or businesses. In the case of any transfer (or license) of intangible property (within the meaning of section 936(h)(3)(B)), the income with respect to such transfer or license shall be commensurate with the income attributable to the intangible”.

³⁸⁵ Texto original: “The district director will evaluate the results of a transaction as actually structured by the taxpayer unless its structure *lacks economic substance*. However, the district director may consider the *alternatives available* to the taxpayer in determining whether the terms of the controlled transaction would be acceptable to an uncontrolled taxpayer faced with the same alternatives and operating under comparable circumstances. In such cases the district director may adjust the consideration charged in the

En este supuesto, la realización de ajustes transaccionales a partir de regulaciones administrativas tiene que respetar en todo caso los límites impuestos por el *arm's length principle* según se encuentra recogido en la ley, so pena de resultar inaplicables. De hecho, la falta de sustancia económica es un supuesto que deriva de la jurisprudencia estadounidense sobre abuso, donde se ha empleado esta terminología como criterio general que posteriormente ha quedado reflejada en una norma con rango de ley³⁸⁶, de modo que no es un criterio exclusivo del ámbito de precios de transferencia.

La posibilidad de considerar alternativas a la transacción efectuada entre partes vinculadas sí plantea más problemas, porque su planteamiento choca de manera frontal con la jurisprudencia reiterada sobre la doctrina del *could have*, en el sentido de denegar la opción a la administración de ignorar la operación que el contribuyente ha realizado. Probablemente esta sea la razón por la que el autor de las *Regulations* opta por ofrecer una pauta incompatible con esta línea jurisprudencial: la posibilidad de acometer un ajuste en el precio sin reestructurar la operación entre vinculadas pero reflejando una alternativa que el contribuyente podría haber escogido.

En este sentido, las pautas fijadas en las *Regulations* pueden quedar invalidadas en sede judicial. Recientemente así ha sucedido en el caso *Altera*³⁸⁷, en que el tribunal fiscal estadounidense ha invalidado parte de las reglas referidas a acuerdos de reparto de costes (ARC) que establecían la obligatoriedad de repartir el coste por remuneración en acciones a empleados entre los miembros del acuerdo³⁸⁸. De hecho, es la segunda vez que sucede tras el caso *Xilinx*³⁸⁹, que falló a favor del contribuyente, quien defendía la necesaria sumisión de las *Regulations* al *arm's length standard* como principio plasmado en el *Internal Revenue Code*. Con toda probabilidad si la administración recurriese a la pauta de las *Regulations* que otorga la posibilidad de realizar ajustes

controlled transaction based on the cost or profit of an alternative as adjusted to account for material differences between the alternative and the controlled transaction, but will not restructure the transaction as if the alternative had been adopted by the taxpayer” (la cursiva es nuestra).

³⁸⁶ Code par.7701(o), aprobada en la *Health Care and Education Reconciliation Act, 2010*, que se ocupa de aclarar el contenido de la doctrina de sustancia económica. Para un análisis en detalle de esta norma de reciente creación, vid. CALDERÓN CARRERO; RUIZ ALEMENDRAL (2010). MCMAHON JR. (2010).

³⁸⁷ *Altera Corp. v. Commissioner* (2015, Tribunal Fiscal, Estados Unidos).

³⁸⁸ Treas. Reg. 1.482-7(d)(2).

³⁸⁹ *Xilinx Inc. v. Commissioner* (2010, Tribunal de apelaciones, noveno circuito, Estados Unidos)

transaccionales de acuerdo al criterio de alternativas disponibles, la vía más certera de defensa para el contribuyente consistiría en invocar la línea jurisprudencial a que nos referimos como base para invalidar el precepto.

Con todo, a nivel convencional, el Modelo de Estados Unidos contiene una cláusula que no se contempla en los modelos OCDE ni ONU, conocida como *saving clause*, que permite a los Estados contratantes gravar a sus residentes y a sus nacionales como si el Convenio no hubiese entrado en vigor. Por tanto, el límite que el art.9.1 impone al derecho interno no resulta aplicable en aquellos Convenios que contengan esta cláusula³⁹⁰.

2.2.4. Autorización en norma con rango de ley sin parámetros sobre cómo llevar a cabo el ajuste (España, LIS).

La reciente reforma de la Ley del Impuesto sobre Sociedades (LIS en adelante) ha redundado en cambios notables en el régimen español de operaciones vinculadas, si bien la norma que permite el ajuste ha permanecido inalterada³⁹¹. Entre las novedades cabe destacar una mención concreta a la posibilidad de realizar ajustes transaccionales. El art.18.10 LIS señala que la administración podrá efectuar “las correcciones que procedan en los términos que se hubieran acordado entre partes independientes”. No obstante, ni en la ley ni en el reglamento del impuesto se ofrecen pautas que completen el contenido de la norma y expliquen en qué situaciones se pueden corregir los términos acordados por partes vinculadas y las consecuencias de tal práctica. Aunque la exposición de motivos de la LIS indica que la interpretación del precepto que regula estas operaciones debe realizarse en concordancia con las TPG y con las recomendaciones del Foro Conjunto de Precios de Transferencia de la UE, también advierte que el resultado no puede contradecir lo expresamente señalado en la norma o en el reglamento.

³⁹⁰ Vid. KOFLER (2015), m.no.10.

³⁹¹ Art.18.1.1º LIS “Las operaciones efectuadas entre personas o entidades vinculadas se valorarán por su valor de mercado. Se entenderá por valor de mercado aquel que se habría acordado por personas o entidades independientes en condiciones que respeten el principio de libre competencia”.

En este supuesto, la autorización para la realización de ajustes transaccionales sin desarrollo sobre la manera de llevarlos a cabo requerirá necesariamente un estudio de la configuración de esa norma por una parte y su adecuación respecto al *arm's length principle* por otra, puesto que éste es el parámetro a analizar y no necesariamente las pautas que las TPG establecen al respecto, sobre todo si se toma en consideración que los preámbulos y las exposiciones de motivos carecen de valor normativo³⁹². En el siguiente apartado comentaremos el cometido de los textos de *soft law* en la interpretación del *arm's length principle* y los ajustes transaccionales, de forma que se comprenda el alcance de las recomendaciones que contienen este tipo de textos.

2.2.5. Ausencia de autorización explícita para realizar ajustes transaccionales (España, TRLIS).

El supuesto de ausencia de autorización en la normativa interna para llevar a cabo ajustes transaccionales probablemente sea el supuesto que más ejemplos encuentre en la práctica ya que si bien multitud de países configuran su normativa sobre precios de transferencia en torno al *arm's length*, en muy pocos se prevé la figura de los ajustes transaccionales. Un ejemplo de lo afirmado sería el derogado art.16 del Texto Refundido sobre la Ley del Impuesto sobre Sociedades de 2004 (TRLIS), en su versión previa a la reforma operada por la Ley 27/2014, del Impuesto sobre Sociedades, que contenía la regulación de la normativa sobre operaciones vinculadas en España. El art.16.1 establecía la misma pauta que establece el art.18.1 en la actualidad, cuyo contenido se ha enunciado en el subapartado anterior. No existía sin embargo un equivalente al art.18.10 LIS, de forma que los ajustes transaccionales en su caso derivarían de la norma general.

³⁹² VEGA (2011), p.49 cita la STC 31/2010, de 28 de junio de 2010 (2010, Tribunal Constitucional, España) para sostener esta posición. No obstante, el TC señala de manera un tanto confusa que “la carencia de valor normativo no equivale a carencia de valor jurídico” y que el destinatario del preámbulo es “el intérprete del Derecho antes que el obligado a una conducta que, por definición, el preámbulo no puede imponer”. Al realizar esta afirmación, el Tribunal parece olvidar que el obligado a una conducta también tiene que interpretar la norma para conocer el alcance de su contenido y la repercusión prevista en la consecuencia jurídica de la norma que pretende aplicar. Señala además VEGA con acierto que “sin embargo, una cuestión es que los preámbulos sirvan para interpretar el texto normativo al que anteceden y otra distinta, que el preámbulo pueda establecer la obligatoriedad de emplear otro texto (aunque tampoco sea vinculante jurídicamente) para efectuar tal interpretación”. Vid. en el mismo sentido, STC 36/1981, de 12 de noviembre (1981, Tribunal Constitucional, España), STC 150/1990, de 4 de octubre (1990, Tribunal Constitucional, España), STC 90/2009, de 20 de abril (2009, Tribunal Constitucional, España).

En este supuesto, el análisis de la normativa de operaciones vinculadas interna contenida en una norma de rango legal nos indicará la posibilidad o prohibición de realización de ajustes transaccionales. En este sentido, no hay necesidad de hacer referencia explícita a la modificación de “condiciones”, de la misma manera que el empleo exclusivo del término “precio” también carece de relevancia a este respecto. El motivo es que los efectos derivados de los ajustes transaccionales tienen lugar en el análisis de comparabilidad, del que resultará en última instancia una modificación en el precio o márgenes –según el método empleado- y por tanto en un ajuste en la base imponible de la entidad objeto de análisis para reflejar el beneficio que partes independientes hubiesen obtenido en una situación similar. Por tanto, si la regla se adecua al *arm's length principle* y no hay un rechazo explícito a la consecución de este tipo de ajustes, no existe impedimento alguno para llevarlos a cabo³⁹³, si bien se deberán respetar las pautas que desarrollaremos en el siguiente capítulo del presente trabajo. En todo caso, cabe resaltar que en aras de una mayor seguridad jurídica, la concreción de tal potestad de manera explícita en la norma es deseable, aunque no necesaria según hemos señalado.

2.3. Las TPG como herramienta interpretativa.

La función de las TPG en el esquema normativo planteado es, cuanto menos, difusa. En general, el problema del papel del *soft law* en la interpretación y aplicación de normas tributarias de repercusión transfronteriza es un tema clásico del derecho tributario internacional que da cabida a todo tipo de posturas³⁹⁴, aspecto éste que también encuentra reflejo en el ámbito de las decisiones judiciales³⁹⁵. No obstante, la concreción

³⁹³ Contra SANZ GADEA (2009), p.8. BULLEN (2011), p.357. Vid *infra* apartado 2.3.2.2.

³⁹⁴ Cfr. ENGELN (2006), p.109 defiende que los CMCOCE son costumbre atendiendo a las doctrinas de estoppel y aquiescencia del derecho internacional público. PIJL (2006), p.222 indica que este documento de *soft law* no puede considerarse como una fuente de obligaciones y en consecuencia no se le puede atribuir tal categoría en ningún caso.

³⁹⁵ Cfr. *Smithkline Beecham Animal Health Inc v. The Queen* (2002, Tribunal federal de apelaciones, Canadá): “Las *Guidelines* determinan los principios de la aplicación de la normativa sobre operaciones vinculadas a nivel internacional y siempre que sea posible, los acuerdos alcanzados entre miembros de la OCDE deben respetarse”; *Commissioner of Taxation v SNF Australia Pty Ltd* (2011, Tribunal Federal, Australia): “las *Guidelines* son sólo eso – guías [...] no es un documento que pueda emplarse para la interpretación de tratados”; *McKesson Canada Corporation* (2013, Tribunal Fiscal, Canadá): “las *Guidelines* y los Comentarios de la OCDE no sólo están escritos por personas que no son legisladores,

de la relevancia de este tipo de documentos es un aspecto clave en la construcción de cualquier propuesta que involucre en mayor o menor medida su utilización. Si bien por razones de espacio y de coherencia para con el propósito de este trabajo no podemos ahondar en la cuestión tanto como el problema merece, sí creemos necesario definir una postura concreta al respecto de la interacción de los textos de *soft law* con el art.9 y las normas internas sobre precios de transferencia cara a la realización de ajustes transaccionales.

Una primera aproximación requiere realizar la siguiente matización, que a primera vista podría no resultar evidente: las TPG son un texto técnico que se elabora para dotar de contenido concreto al *arm's length principle* según se encuentra recogido en el art.9.1³⁹⁶. Este precepto sin embargo resulta aplicable únicamente a los efectos de restringir el derecho interno del Estado que lleve a cabo ajustes y no para la consecución de un ajuste al margen de esta normativa. En tal caso, ¿qué sentido tiene que las TPG establezcan parámetros para la realización de ajustes?.

Es importante trazar una distinción entre el *arm's length principle* en abstracto como figura que se refiere a las condiciones que partes independientes hubiesen acordado en unas circunstancias determinadas referidas a un negocio jurídico concreto y el *arm's length principle* como consecuencia jurídica embebida en el art.9. El segundo plano es un ejemplo de concreción del primer plano. En este sentido, si atendemos al nivel de detalle que alcanzan las TPG en el establecimiento de pautas sobre el análisis de comparabilidad, no resulta complicado colegir que su ámbito sobrepasa con mucho la función de restricción del art.9.1, a diferencia de lo que sucede con los instrumentos de *soft law* más importantes a la hora de interpretar CDIs, los Comentarios al MCOCDE, del MCONU o las *technical explanations* del MCEEUU. Este exceso en el establecimiento de pautas únicamente encuentra explicación en su verdadero destinatario, que es el plano interno, donde las TPG pueden desplegar ciertos efectos por constituir un modelo de normativa sobre precios de transferencia y por su relevancia

sino que además son miembros de autoridades fiscales de países de todo el mundo. Sus reflexiones deben tomarse en consideración en consecuencia”.

³⁹⁶ Vid. par.11 TPG como muestra de tal afirmación: “A los efectos de estas Directrices, una "empresa asociada" es una empresa que cumple las condiciones determinadas en el artículo 9, apartado 1, letras a) y b) del Modelo de Convenio Tributario de la OCDE”.

a la hora de interpretar la regulación interna de un Estado que haya adoptado el *arm's length*³⁹⁷.

Por tanto, cabría afirmar que las TPG se sitúa en un plano intermedio entre el art.9.1 -ya que su contenido se estructura en torno a la concepción del *arm's length principle* que este artículo encierra- y el derecho interno, por servir de referencia para su diseño y posterior interpretación, aunque normalmente las normas *at arm's length* internas difieran en su enunciación con respecto a la dicción del art.9.1³⁹⁸.

Resulta vital en consecuencia definir el valor concreto de las TPG como instrumento interpretativo tanto del art.9.1 como sobre todo de la normativa sobre precios de transferencia del derecho interno.

2.3.1. Valor del soft law en el proceso de interpretación de las normas tributarias.

La mayoría de la doctrina entiende que las TPG son una suerte de texto interpretativo autorizado³⁹⁹, que sirve para concretar la limitación impuesta por el art.9. Esta postura entronca con la idea de que los textos de *soft law* elaborados al hilo de los CDI se sitúan en una posición privilegiada en el proceso interpretativo de las normas cuyo contenido están glosando. Los argumentos más recurrentes para sostener ambas posturas son idénticos: su carácter de texto técnico autorizado, la necesidad de tomarlos en consideración según el parámetro de buena fe o el hecho de que constituyan “contexto” según terminología empleada por el art.31 CVDT⁴⁰⁰, referido a los parámetros de interpretación de Convenios internacionales.

³⁹⁷ En el mismo sentido, vid. MIYATAKE (2007), p.21. Cfr. par.12 TPG en donde se indica que “estas Directrices no consideran cuestiones de naturaleza interna, sino que se centran en los aspectos internacionales de los precios de transferencia”, si bien no cabe duda de que las TPG se emplean como modelo de normativa interna cuya repercusión podrá ser tanto interna como internacional.

³⁹⁸ No obstante, existen excepciones como por ejemplo la reciente norma sobre operaciones vinculadas de Luxemburgo, que es prácticamente idéntica al art.9 MCOCDE. Vid. RASCH (2015), apartado 20.1; HOOR (2015), p.131-132; RASCH; WROBLEWSKI (2015), p.186.

³⁹⁹ Vid. por todos VOGEL (2000), p.616. VAN BRUNSCHOT (2005), p.7. ARNOLD, B.J. (2010), p.13. Cada autor basa su postura en diversos argumentos y vías jurídicas, si bien la conclusión que alcanzan es similar en tanto sitúan a los textos de *soft law* elaborados por la OCDE en una posición superior a la de otros textos interpretativos no vinculantes.

⁴⁰⁰ Por todos, vid. WARD (2006), p.99.

A nuestro parecer, este planteamiento resulta erróneo porque supondría de facto elevar el texto a la categoría de norma, una categoría de la que los textos de *soft law* carecen. Tal resultado ha de considerarse inadmisibles al menos desde dos perspectivas distintas: la coherencia con su propia naturaleza y el proceso lógico de aplicación de las normas. A continuación desarrollaremos ambas vertientes.

2.3.1.1. La coherencia del *soft law* con su propia naturaleza.

Aunque la doctrina es prácticamente unánime en señalar que los textos de *soft law* elaborados por la OCDE no tienen carácter normativo⁴⁰¹, resulta paradójico que se admita un resultado similar por vía de interpretación cuando existen una serie de factores que refutan el hecho de que estos textos no son norma ni pueden llegar a tener este carácter por vías indirectas.

Primero, las TPG carecen de la publicidad y necesaria accesibilidad exigible a toda norma promulgada en un Estado de derecho. La versión completa es de pago, tanto en su modalidad impresa como *online*. Además la OCDE se reserva el *copyright* de la obra, con las consecuencias en el campo de la propiedad intelectual que ello conlleva, entre las que destaca el poder para ejercitar acciones legales contra todo aquél que vulnere los derechos aparejados a tal protección⁴⁰².

Segundo, las TPG no son ratificadas por las instituciones democráticas que aprueban textos con rango de ley. Este documento de *soft law* es elaborado en el seno del Comité de Asuntos Fiscales (CAF), conformado por representantes de las administraciones tributarias de los Estados miembros de la OCDE. La parcialidad del organismo a la hora de defender unos intereses determinados resulta patente desde una doble perspectiva: primarán intereses de los Estados miembros -países desarrollados- frente a los no miembros -países en vías de desarrollo- y primarán los intereses de las administraciones

⁴⁰¹ ENGELN (2006) es la excepción más notable.

⁴⁰² En todas y cada una de las páginas de las TPG encontramos el símbolo de copyright, vid. CHIP (2004), p.208. ZORNOZA (2010), p.64. VOGEL; PROKISCH (1993), p.65 remarcen la idea refiriéndose a los CMOCDE y consideran contradictorio este hecho con respecto al pretendido valor autorizado que se intenta otorgar al texto.

tributarias antes que los de los contribuyentes. Si bien es cierto que el proceso de elaboración ha ido evolucionando hacia una dinámica que permite una mayor participación de los diferentes agentes envueltos a través de consultas públicas, reuniones abiertas y otras vías, la decisión última sobre el contenido de la versión final permanece de manera exclusiva en el seno del CAF.

Tercero, la aprobación del texto final tiene lugar en el Consejo de la OCDE en forma de recomendación⁴⁰³, como documento no vinculante. Son los propios Estados miembros quienes definen continuamente la naturaleza de las TPG como no obligatoria cada vez que una nueva versión de los Comentarios o de las Guidelines es aprobada, en contraposición a la posibilidad de otorgarles categoría de norma, según los poderes que le confiere el art.5.a) de los Estatutos de la OCDE⁴⁰⁴. Es más, la Regla 18 letra b) de Procedimiento de la OCDE obliga a que los Estados tomen en consideración las recomendaciones emanadas de acuerdo con el art.5 para una posible implementación⁴⁰⁵. El hecho de que los Estados escojan no elevar a la categoría de norma este tipo de documentos implica que asumen su carácter no vinculante.

2.3.1.2. El papel de las TPG en el proceso interpretativo de las normas.

Una vez constatado el carácter no normativo de las TPG, constataremos a continuación que no es posible otorgar un carácter seudonormativo a este texto desde un punto de vista que tome en cuenta la lógica del proceso interpretativo.

Toda norma jurídica emplea el lenguaje común como vehículo de expresión. Es imposible determinar de manera unívoca el significado de los términos que componen un aserto jurídico, al contrario de lo que sucede en otros campos del saber, como la matemática o la lógica⁴⁰⁶. Para su correcta aplicación, las normas deben ser

⁴⁰³ Vid. Recomendación del Consejo sobre la determinación de precios de transferencia entre entidades vinculadas de 22 de julio de 2010 [C(2010)99].

⁴⁰⁴ *Convenio de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico*, firmado en París el 14 de diciembre de 1960. Vid. PIJL (2006), p.217. ZORNOZA (2010), p.63. Contra ARNOLD (2010), p.13, quien señala que los “miembros de la OCDE han acordado que los Comentarios al Convenio les sean vinculantes”, si bien no aporta razones que sustenten tal afirmación.

⁴⁰⁵ Regla 18, letra b), *OECD 2013 Rules of Procedure of the Organization*.

⁴⁰⁶ MÖSSNER (2010) p.16 señala que podría suceder, por ejemplo, que el receptor de la norma tenga una composición de la situación totalmente diferente a la que tenía en mente el emisor cuando elaboró la

interpretadas para identificar el mandato que imponen ante una situación de hecho concreta, por lo que la definición de parámetros de interpretación válidos es esencial para reducir el grado de incertidumbre inherente al empleo de construcciones semánticas polisémicas⁴⁰⁷. Si bien no es posible enunciar reglas fijas para desempeñar la labor interpretativa, sí es posible construir un método o estilo de interpretación⁴⁰⁸, por lo que la verdadera discusión ha de residir en el grado de delimitación y concreción a priori y en abstracto de la actividad interpretativa, en nuestro caso centrada en determinar el papel del *soft law* en la misma.

Este desarrollo debe comenzar con el análisis semántico del aserto jurídico ante el que nos encontremos. Los posibles significados atribuibles a la expresión literal de la norma, configuran el sentido posible de las palabras (*möglicher wortsinn*)⁴⁰⁹, concepto clave en tanto es el punto de partida para la averiguación judicial del sentido y traza, al propio tiempo, los límites de su actividad interpretativa⁴¹⁰.

El segundo límite a priori, es decir, antes de comenzar el razonamiento intelectual necesario para descubrir cuál es el sentido de la norma que prevalecerá para cada caso concreto, será el resto del Ordenamiento Jurídico⁴¹¹ ya que la labor interpretativa debe evitar la contradicción de normas⁴¹². Sólo así se preserva la idea de imperio de la ley y certeza jurídica. La determinación de este elemento debe realizarse en términos

norma. Este tipo de desviaciones, inherentes al sistema jurídico, en ocasiones se manifiestan con una intensidad tal que podría colisionar con la idea de imperio de la ley como ideal regulativo.

⁴⁰⁷ HART (1994), p.341 describe esta situación a la perfección: “el juez no debe decidir como él cree que es mejor, sino soslayando una atención más detenida al sistema. Este es el más importante límite al arbitrio judicial y es lo que permite un alto grado de predicción de la decisión judicial [...] cualquiera que sea la alternativa elegida tendrá sus pies firmemente enraizados en el sistema existente y podrá ser considerada como una decisión garantizada puesto que está controlada por el derecho”.

⁴⁰⁸ ROSS (1977), p.106.

⁴⁰⁹ Según terminología empleada por LARENZ (1994), p.318. Este punto de partida es asumido también por VOGEL; PROKISCH (1993), p.56 cuando indican que “toda interpretación de un texto debe comenzar con el estricto significado de sus términos”.

⁴¹⁰ LARENZ, K. (1994), p.318, emplea las palabras de MEYER-HAYOZ (1951) *Der Richter als Gesetzgeber* (Zürich). LARENZ aclara: “una interpretación que ya no radica en la esfera del posible sentido literal, ya no es interpretación, sino modificación del sentido”, p.318. En el plano internacional, encontramos la misma construcción en el *yearbook of the ILC* (1966-II), Comm. to art.27, 11. En el ámbito internacional tributario, vid. VOGEL; PROKISCH (1993), p.73.

⁴¹¹ El único razonamiento que es admisible en un Estado de Derecho es aquél jurídicamente aceptable, esto es, aquél cuya “decisión está dentro del armazón del orden jurídico. Esto ‘hace’ jurídica la decisión”, AARNIO (1990), p.27.

⁴¹² LARENZ (1994), p.309.

absolutos, es decir, la interpretación propuesta infringirá o no infringirá el Ordenamiento Jurídico.

Una vez fijado el espectro de posibilidades de interpretación según el sentido posible de los términos que configuran la norma y habiendo contrastado dichas opciones con el resto del Ordenamiento jurídico, el único objetivo del proceso interpretativo ha de ser la búsqueda de la opción que mejor case con su finalidad. En tanto las normas pretenden ordenar comportamientos en aras de constituir la base sobre la que se desarrolla la sociedad en su conjunto⁴¹³, la razón de su existencia reside precisamente en la consecución de un fin, por lo que éste debe ser precisamente el elemento que guíe al aplicador para escoger la opción interpretativa adecuada de las múltiples que puedan presentarse ante un supuesto concreto⁴¹⁴.

En el afán de buscar la interpretación más acorde con la finalidad, el sujeto que interpreta debe poder valerse de cualquier instrumento o herramienta que le aporte argumentos tendentes a lograr esta meta⁴¹⁵. La clave reside en que, *a priori*, antes de aplicar el proceso interpretativo a un supuesto concreto, todos estos instrumentos parten de la misma posición. Sólo *después de valoradas todas las cosas*⁴¹⁶, esto es, tras haber completado un proceso de razonamiento lógico, en el que se ponderan todos los elementos de juicio al alcance del aplicador del derecho en el marco del análisis de interpretación, podremos afirmar el mayor valor de un argumento sobre otro, la prevalencia de una opción interpretativa concreta, en tanto dicha opción será racionalmente más perfecta que las demás.

La discusión teórica al respecto no finaliza en este punto. Precisamente uno de los debates más apasionantes en el campo de la teoría sobre la interpretación de las normas

⁴¹³ LAPORTA (2007), p.169 “el orden de la vida humana en sociedad tal y como hoy lo concebimos [...] depende de la existencia de normas jurídicas entendidas como reglas”

⁴¹⁴ BÁEZ (2009), p.86, señala además que: “si se admite la posibilidad de utilizar criterios interpretativos al margen de la finalidad de la norma [...] se corre el riesgo de alcanzar resultados interpretativos contrarios al fin de la norma”, resultado interpretativo que a todas luces carece de sentido.

⁴¹⁵ WARD (2006), p.98 cita a SIR IAN SINCLAIR, *The Vienna Convention on the Law of Treaties* (Manchester University Press, 2nd ed., 1984), p.117 que indica acertadamente: “ningún intérprete de un tratado, cualquiera que sea su punto de partida doctrinal, ignorará deliberadamente cualquier material que pueda serle útil como guía para esclarecer el significado del texto al que se enfrenta”.

⁴¹⁶ Nos inspiramos en el trabajo de AARNIO y PECZENIK en AARNIO; ATIENZA; LAPORTA (2010), p.21 para el uso de ambos conceptos.

jurídicas deriva del análisis de una situación en la que dos o más opciones interpretativas son idénticas racionalmente. Sin embargo, a efectos del problema que se intenta resolver en este apartado -el valor de las TPG como instrumento de *soft law* en el proceso interpretativo-, no es necesario continuar la discusión al respecto.

La traslación de la construcción teórica sobre interpretación al problema del valor de las TPG es relativamente simple. Es necesario partir de la base de que todo texto no normativo debe situarse al mismo nivel *a priori* porque de lo contrario el proceso quedaría viciado. A partir de esta idea se pueden extraer una serie de derivadas.

Primero, la prevalencia de las TPG frente a otros instrumentos interpretativos como pueden ser trabajos doctrinales o jurisprudencia extranjera se ha de basar exclusivamente en su confrontación con los argumentos que unos y otros recogen respecto de un supuesto concreto, de tal manera que *después de valoradas todas las cosas*, se escoja la que mejor se adecúa a la finalidad de la norma. Dicho con otras palabras, ante un caso referido a la definición del contenido del mandato *at arm's length*, el aplicador de la norma no debe preferir la interpretación de las TPG sin antes haber descartado otras opciones interpretativas que puedan derivar de textos que tampoco son norma, en el marco de un razonamiento lógico adecuado para escoger la opción interpretativa que mejor refleje su finalidad.

Segundo, no se debe preferir a priori el contenido de las TPG frente a otros textos de *soft law* referido al ámbito de los precios de transferencia, como pueden ser por ejemplo los distintos borradores e informes publicados por parte de la OCDE en el marco del Plan BEPS.

Tercero, el problema de la interpretación estática frente a la interpretación dinámica ha de reputarse viciado de base, pues carece de sentido dar prevalencia a un texto concreto frente a versiones posteriores -o anteriores- del mismo que incluyan modificaciones sobre el texto⁴¹⁷. Debemos insistir en que la posición de partida en el proceso

⁴¹⁷ Cfr. GARCÍA PRATS (2009), p.110-111. Contra WITTENDORFF (2016), p.333, al afirmar que “la nueva versión (interpretativa de las reglas de precios según los resultado del Plan BEPS) no podrá en general ser aplicada a tratados ya existentes”. AULT (1994), p.148. sostiene la postura contraria al profesor danés y a la postura defendida en este trabajo, ya que, insistimos, el debate carece de base por completo.

interpretativo debe ser idéntica para todos los textos no normativos, independientemente de su procedencia o momento de elaboración.

La única excepción posible a este esquema sería una norma que estableciese de manera explícita que las TPG se erigen en un texto interpretativo cualificado o autorizado frente a otros textos. Este escenario, que podría suceder en derecho interno –como sucede por ejemplo en Australia según se ha visto más arriba–, no se plantea a nivel internacional si atendemos a las reglas de interpretación de convenios que establece el art.31 CVDT. Este precepto indica que un tratado deberá interpretarse de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de éstos y teniendo en cuenta su objeto y fin. De esta forma, el sentido posible de las palabras, la adecuación de la interpretación respecto al resto del Ordenamiento y la consideración del fin de la norma están presentes en esta construcción por lo que el esquema de conceptos planteado en este apartado resulta plenamente aplicable en el marco del CVDT.

En todo caso, buena parte de la doctrina ha defendido que es correcto otorgar a los CMCOCE o las TPG un valor autorizado a partir de su encaje en el art.31 CVDT, bien por la vía de la interpretación de buena fe o a través de su consideración como “contexto” a los efectos del artículo. La primera opción debe descartarse de plano por los motivos citados en el subapartado anterior: de buena fe, no es posible por vía de interpretación otorgar valor normativo *de facto* a un texto que no es norma⁴¹⁸. La segunda opción tampoco es plausible por dos razones. Primero, el art.31 CVDT no lleva a cabo una ordenación de textos interpretativos no normativos que conduzca a otorgar un valor prevalente a los mentados textos de *soft law* por delante de otras opciones. Segundo, la discusión sobre si los CMCOCE o las TPG son contexto a efectos de determinar su uso en el proceso interpretativo carece de sentido, porque el art.31 CVDT no descarta el empleo de textos que sirva de apoyo para acometer la tarea interpretativa.

En consecuencia, si bien la discusión puede que no esté cerrada, desde la construcción que proponemos no existen argumentos que indiquen un valor privilegiado de los textos

⁴¹⁸ Coincidimos plenamente con PIJL (2006), p.216 cuando afirma que la buena fe no puede “volver vinculante aquello que está rodeado de afirmaciones expresando su naturaleza no obligatoria [...]. Un Estado no podría actuar de buena fe si puede reclamar que otro Estado se obligue por algo que ambos han acordado que no es obligatorio”. En el mismo sentido, ZORNOZA (2010), p.66.

de *soft law* elaborados por la OCDE frente a otros. Tanto unos como otros deben partir de la misma posición en el proceso de interpretación de las normas.

2.3.2. Traslación del modelo propuesto sobre el papel de las TPG en el ámbito de interpretación de normativa interna y convencional.

A continuación extrapolaremos las afirmaciones vertidas hasta el momento para determinar una postura concreta sobre la trascendencia de las TPG como instrumento referido a la regulación de precios de transferencia tanto desde la perspectiva del art.9.1 como de la normativa interna en la materia.

2.3.2.1. Ámbito convencional. Art.9.1.

El contenido de las TPG en la interpretación del art.9.1 será relevante en la medida en que case con lo dispuesto en este precepto. El mandato *at arm's length* no se agota con las pautas fijadas en este texto de *soft law*. En el apartado referido a la naturaleza del *arm's length standard* ya advertíamos que este principio impone una suerte de mandato de optimización consistente en tratar de asemejar los beneficios obtenidos por partes vinculadas a aquellos que partes independientes hubiesen logrado en condiciones similares. No existe una respuesta unívoca en la definición del resultado derivado de la aplicación de la norma que dependerá de las circunstancias del supuesto concreto. Por tanto, las TPG fijan una serie de criterios que si bien pueden casar con el parámetro *at arm's length*, no constituyen una respuesta cerrada al problema de determinar qué harían partes independientes en un supuesto de hecho determinado.

En este sentido, el alcance del efecto de restricción que se deriva del art.9.1 no queda definido por las TPG en términos absolutos. La operativa correcta debe aspirar a descubrir qué habrían pactado partes independientes en condiciones similares empleando cualquier medio plausible, siendo las TPG una referencia técnica de gran valor, pero no privilegiada. Si por ejemplo un Estado emplea el conocido como “sexto método” para la valoración de transacciones de materias primas carecería de fundamento esgrimir que dado que este método no está previsto en las TPG no se puede emplear en contextos convencionales por la restricción que el art.9.1 impone. Otro

ejemplo de lo afirmado podría ser el empleo de márgenes predeterminados con posibilidad de prueba en contrario por parte del contribuyente, puesto que si el margen aplicable a un determinado caso concreto no coincide con el mandato *at arm's length*, el contribuyente tendrá oportunidad de presentar evidencia suficiente que acredite un resultado más próximo a este principio que el derivado del margen en cuestión.

Además, referenciar la determinación del régimen jurídico aplicable a un precepto contenido en un texto en absoluto vinculante desde un plano de estricta legalidad como son las TPG plantea una vez más la contradicción de elevar a la categoría de vinculante a un texto de *soft law*.

En el ámbito de los ajustes transaccionales, la restricción sobre su aplicación en ámbitos convencionales emana del propio *arm's length* según expresado en el art.9.1 y no necesariamente de las directrices establecidas en las TPG. Éstas serán útiles en tanto reflejen fielmente la mecánica del *arm's length*, discusión sobre la que se profundizará en el siguiente capítulo donde propondremos un modelo alternativo a las pautas que las TPG establecen al respecto, por considerarlas contrarias a este principio.

En resumen, supeditar el mandato del art.9.1 al contenido de las TPG es incorrecto, porque la función de restricción del precepto convencional puede sobrepasar el contenido de las *Guidelines*. Incluso podría suceder que las TPG contengan disposiciones contrarias al mandato del art.9.1, en cuyo caso su inaplicación resultaría palmaria. Precisamente al hilo del estudio de las pautas para la realización de ajustes transaccionales tendremos ocasión de señalar varios ejemplos que ilustran esta idea⁴¹⁹.

2.3.2.2. Ámbito interno. Normativa interna sobre precios de transferencia.

A nivel interno ya hemos mencionado la doble función que cumplen las TPG; primero, sirven como referencia al legislador a la hora de construir un conjunto de reglas relativas al tratamiento tributario de las operaciones vinculadas basadas en el *arm's length principle*. Precisamente gracias a esta vía la normativa sobre precios de transferencia de países que presentan disparidades tanto en su contexto económico

⁴¹⁹ Vid. *infra* apartados 3.1.2, 4.1.1 y 4.2.1.

como en su tradición jurídica es muy semejante, hecho que es ciertamente positivo puesto que aumenta las cotas de certeza y predictibilidad para operadores jurídicos transfronterizos que deben atender a las normas de diferentes Estados soberanos a la hora de desarrollar su actividad.

Segundo, las *Guidelines* sirven a la hora de interpretar y aplicar la normativa interna basada en el *arm's length principle*. En el plano interno también se plantea la cuestión del valor interpretativo de este instrumento, si bien el planteamiento para resolver el problema es idéntico al ámbito convencional: las TPG son un instrumento útil para interpretar la normativa interna pero no se puede entender que agoten el mandato *at arm's length*, si bien además ambos planos –TPG y normativa interna- no tienen por qué coincidir, pudiendo existir desviaciones del segundo respecto del primero.

El diseño de la norma interna sobre precios de transferencia correspondiente es determinante a la hora de saber si existe la posibilidad de realizar ajustes transaccionales conforme a la ley. Ante una norma interna basada en el *arm's length principle*, sólo si la norma lo determina de manera explícita podrá negarse esta opción. Según se ha defendido más arriba, no hay necesidad de hacer referencia explícita a la modificación de “condiciones”, de la misma manera que el empleo exclusivo del término “precio” también carece de relevancia a este respecto⁴²⁰.

La repercusión del *arm's length principle* sobre la posibilidad de acometer ajustes transaccionales y la influencia sobre su mecánica, tanto referida al presupuesto de hecho como a las consecuencias jurídicas que se derivan de esta figura, imponen la necesidad de establecer con precisión los límites de este tipo de prácticas. Esta reflexión queda refrendada tanto por la limitación que impone el art.9 en situaciones convencionales como por la mayoritaria existencia de reglas basadas en el *arm's length standard*. En el siguiente capítulo se propondrá un modelo en abstracto que determine con minuciosidad la manera de realizar ajustes transaccionales respetando a la vez este principio.

⁴²⁰ Vid. *supra* apartado 2.2.5.

SEGUNDA PARTE. MODELO DE APLICACIÓN DE LOS AJUSTES TRANSACCIONALES.

La principal conclusión que puede extraerse del capítulo anterior es que la figura del ajuste transaccional es consustancial principio de plena competencia, principio sobre el que se debe fundamentar su aplicación y del que será necesario extraer sus límites. La consecuencia efectiva del mandato *at arm's length* implica la realización de un ajuste en el precio o márgenes de la operación para equiparar la transacción original con un comparable suficientemente próximo, de forma que su valoración a efectos fiscales sea equivalente a la que hubiese correspondido entre partes independientes. No obstante, según hemos podido comprobar, este mismo resultado podría lograrse directamente a través de la modificación de las condiciones de la operación que a la postre indiquen en el precio o márgenes, de manera que esta segunda modalidad genera un efecto similar.

La realización de ajustes transaccionales como método equiparable al análisis de comparabilidad sin embargo jamás se ha llegado a sostener. Ambas vertientes no deben situarse en el mismo plano, pues el desconocimiento a discreción de los elementos de la operación acometida entre partes vinculadas implica arbitrariedad, de manera que la predicción del resultado de aplicación de la norma ante un caso dado sería imposible de anticipar con antelación. Por otro lado, no debe perderse de vista que en ciertos supuestos la consecución del *arm's length principle* sería imposible sin la modificación de las condiciones de la operación original. En consecuencia, los ajustes transaccionales serán conformes a derecho siempre y cuando su aplicación sea necesaria para resolver un caso concreto de acuerdo al principio de plena competencia.

La necesidad de un mínimo de predictibilidad impone la definición de parámetros claros y aprehensibles para la realización de ajustes transaccionales en el ámbito de la normativa sobre precios de transferencia. La finalidad de este capítulo reside precisamente en otorgar un contenido concreto referido tanto a su ámbito de aplicación como a las consecuencias derivadas de la misma, partiendo de la idea de excepcionalidad que refleja el carácter residual de esta figura.

Primero, sostendremos que en la definición de la operación acometida entre partes vinculadas no se deberían efectuar ajustes transaccionales en ningún caso, pues la determinación de la base fáctica proviene del descubrimiento de los hechos y no de su modificación (apartado 1.1). Segundo, analizaremos la interacción de los ajustes transaccionales con otras figuras aparentemente afines pero que operan diferentes niveles, como son la calificación, las normas antiabuso generales y ciertas normas antiabuso especiales (apartados 1.2, 1.3). Tercero, trataremos de acotar en términos suficientemente precisos el presupuesto de hecho que legitimaría la realización de ajustes transaccionales (apartado 2.1) y definir en última instancia un modelo para aplicarlos conforme al mandato *at arm's length* (apartados 2.2 y 2.3), que aplicaremos a situaciones en que la realización de ajustes transaccionales puede jugar un papel relevante (apartado 3).

A lo largo de este proceso y por las razones expuestas en el capítulo anterior *in fine*, adoptaremos como referencia la propuesta de las TPG y los informes BEPS para analizar las pautas que recomienda adoptar y criticar todo aquél aspecto que a nuestro parecer no concuerde con el *arm's length standard* y el lógico funcionamiento del análisis de comparabilidad para construir un modelo alternativo basado en este principio.

CAPÍTULO 3. DETERMINACIÓN DE LOS HECHOS Y CALIFICACIÓN COMO ETAPAS PREVIAS A LA REALIZACIÓN DE AJUSTES TRANSACCIONALES.

En este capítulo examinaremos la manera en que la operación entre partes vinculadas debe definirse como paso previo indispensable al examen del ámbito de aplicación de los ajustes transaccionales y las consecuencias de su aplicación. La trascendencia de la correcta definición de los hechos reside primordialmente en dos aspectos, a saber: por un lado, la necesidad de garantizar un mínimo de certeza en la aplicación de la norma y por otro lado, su importancia en el correcto desenvolvimiento del análisis de comparabilidad, puesto que de su consecución satisfactoria dependerá el proceso de búsqueda de comparables y en última instancia la necesidad –o no- de efectuar un ajuste primario. La simulación, por ser un expediente necesario en ciertos casos para descubrir hechos ocultos tras la apariencia que intentan dar las partes, también se estudiará en esta primera parte.

Tras abordar los problemas mencionados, nos referiremos a la calificación de los hechos ya definidos y su interacción con la figura del ajuste transaccional, así como al papel que las normas antielusión generales y especiales desempeñan en este esquema. Además, en consonancia con el tratamiento de estas cuestiones, podrá comprobar el lector que su estudio sirve para delimitar y definir correctamente la figura de los ajustes transaccionales de manera negativa, esto es, trazando un contorno exterior relativo a supuestos que no dan lugar a la modificación de las condiciones de la operación en el marco de aplicación de la normativa sobre precios de transferencia, pero cuya proximidad es evidente por surtir efectos semejantes.

3.1 la determinación de los hechos no admite la realización de ajustes transaccionales.

En todo sistema de derecho es indispensable garantizar un mínimo de predictibilidad y seguridad jurídica⁴²¹ so pena de dejar en manos del juzgador la libre aplicación de las normas. La posibilidad de acceder a pautas previas de decisión es una condición inherente a la idea de seguridad jurídica e imperio de la ley. En palabras de HART, si no fuera posible comunicar pautas generales de conducta que, sin necesidad de nuevas instrucciones, puedan ser comprendidas por multitud de individuos como algo que les exige cierto comportamiento en ocasiones determinadas, no podría existir nada de lo que hoy reconocemos como derecho⁴²².

En este sentido, la consideración discrecional de los hechos determinantes de un supuesto concreto permitiría a la administración maniobrar a su antojo y determinar a placer la regla aplicable en cada caso. Por otro lado, tratar hechos que han sucedido efectivamente como no acaecidos provoca un efecto análogo, concretado en la inaplicación de preceptos que en caso de reconocer la realidad fáctica en su justa extensión, hubiesen resultado aplicables. La disparidad resultante daría lugar al quebranto del esquema lógico de funcionamiento de las normas. La definición de la transacción entre partes vinculadas por tanto implica partir de la realidad empírica, de los hechos efectivamente acaecidos para aplicar las normas jurídicas pertinentes tras el debido proceso de interpretación de las mismas⁴²³. En otras palabras, la aplicación de una norma demanda en primer lugar la determinación de los hechos sin ningún tipo de etiquetas jurídicas⁴²⁴.

En el ámbito de la normativa sobre precios de transferencia, la correcta determinación de la base fáctica no es relevante únicamente a los efectos de constatar la realización del presupuesto de hecho de la norma de operaciones vinculadas -la realización de operaciones entre partes vinculadas que difieran de lo que partes independientes habrían acordado- sino también para cumplir con su mandato, concebido como un ajuste en los

⁴²¹ PAGAN; WILKIE (1993), m.no.1.47. HINNEKENS (1999), p.340.

⁴²² HART (1968), p.155. La sentencia *Shell Canada v. The Queen* (1999, Tribunal Supremo, Canadá), para. 45 expresa esta idea de forma clara y contundente: “un contribuyente ha de ser gravado por aquello que ha hecho, no por aquello que podría haber hecho y desde luego no por aquello que un contribuyente menos sofisticado hubiese hecho”. BULLEN emplea esta cita y otras similares como sustento del principio “*as structured*” que defiende en su trabajo de tesis, referido a la necesidad de respetar la operación entre partes vinculadas según ha sido estructurada y para justificar la consideración de los ajustes transaccionales como excepciones. Vid. BULLEN (2011), p.83 et seq.

⁴²³ LARENZ (1994), p.273.

⁴²⁴ ZORNOZA; BÁEZ (2010), p.297.

beneficios que elimine, en el ámbito de la fiscalidad, las posibles diferencias existentes entre ambas clases de operaciones, ya que el análisis de comparabilidad se sustenta necesariamente en los parámetros de la operación acordados por los sujetos vinculados.

El mandato *at arm's length* impone una ficción, valorar una operación entre partes vinculadas “como si” las condiciones que pactan hubiesen sido acordadas entre partes independientes en circunstancias idénticas o muy similares. El funcionamiento de la norma requiere que en la consecuencia jurídica se tenga en cuenta la misma base fáctica que ha dado lugar a que el supuesto de hecho sea relevante al caso. Es por ello que la concreta determinación de los hechos es tan importante para cumplir con el mandato *at arm's length*: la consecuencia jurídica depende de este primer paso como base de la comparación que se debe efectuar con una situación similar entre partes no relacionadas.

Por tanto, el respeto de la operación tal y como ha sido estructurada y acometida por las partes es el primer paso a la hora de llevar a cabo un análisis de comparabilidad adecuado⁴²⁵, pilar esencial en la determinación del ajuste sobre los beneficios que da sentido a la norma de operaciones vinculadas⁴²⁶. El análisis de la operación entre vinculadas sirve tanto para seleccionar el método de comparabilidad más apropiado como para elegir el comparable entre independientes sobre el que fijar los ajustes que correspondan⁴²⁷. La correcta definición del primer eslabón del análisis -la determinación de los hechos- es crucial para un resultado conforme al mandato que impone la norma⁴²⁸, pues cada fase del análisis de comparabilidad depende del resultado de la anterior. Dicho con otras palabras, si el ajuste primario trata de reflejar aquello que

⁴²⁵ TPG par.9.161. *OECD 2014 BEPS Actions 8, 9 and 10. Draft on revisions to chapter I of the Transfer Pricing Guidelines (including risk, recharacterisation, and special measures)*, par.1.

⁴²⁶ TPG par.1.33: “La aplicación del principio de plena competencia se basa generalmente en la comparación de las condiciones de una operación vinculada con las condiciones de las operaciones efectuadas entre empresas independientes”. TPG par.3.1: “Una comparación implica la consideración de dos elementos: la operación vinculada objeto de revisión y las operaciones no vinculadas que se consideran potencialmente comparables”.

⁴²⁷ Vid. *OECD 2014 BEPS Actions 8, 9 and 10. Draft on revisions to chapter I of the Transfer Pricing Guidelines (including risk, recharacterisation, and special measures)*, par.11, 13.

⁴²⁸ MENDOZA (2014), p.4 expresa esta idea de manera sencilla pero contundente: “¿cómo podría el contribuyente aplicar el *arm's length principle* sin saber siquiera a qué debe poner precio?”. VINCENT; LUQUET (2015), p.1476 advierten que el contribuyente debería poder saber -a la hora de presentar la autoliquidación del impuesto- que el análisis que han llevado a cabo sobre unos hechos determinados es conforme a la norma. En el mismo sentido se posiciona HENSHALL (2013b), p.10 a la hora de atribuir la propiedad de activos intangibles y DE LANGE; LANKHORST; HAFKENSCHIED (2015), p.87.

partes independientes hubiesen hecho en circunstancias similares, la base sobre la que sustentar esa similitud -la operación entre partes vinculadas- es un elemento esencial⁴²⁹.

La correcta definición de los hechos servirá no sólo a efectos de conducir correctamente el análisis de comparabilidad, sino también para la correcta realización de ajustes transaccionales, puesto que la operación realizada entre partes vinculadas se erigirá en necesaria referencia para el diseño de alternativas que partes independientes hubiesen admitido. En este sentido, los medios de prueba no deberían restringirse para que ambos agentes, administración y contribuyente, dispongan de la flexibilidad suficiente para sustentar su postura acerca de la correcta aplicación del análisis de comparabilidad ante un caso dado o, llegado el caso, para justificar la realización de ajustes transaccionales⁴³⁰. Con todo, las reglas sobre los medios de prueba y la carga de la prueba dependen de la configuración de la normativa interna de cada Estado, por lo que el riesgo de disparidades entre jurisdicciones es elevado.

El estudio de las pautas para la conformación de la base fáctica como paso previo al análisis de la figura de los ajustes transaccionales y los límites a su aplicación encuentra justificación en al menos dos motivos adicionales. Primero, debido a la importancia de la distinción entre el empleo de instrumentos relativos a la aplicación de las normas – simulación, calificación, abuso- y los ajustes transaccionales, para evitar posibles confusiones al respecto del estudio concreto de esta figura. Y segundo, por la necesidad de distinguir entre la realización de ajustes transaccionales de acuerdo al *arm's length standard* y la modificación de las condiciones por la vía de la definición de hechos como práctica que en ningún caso es acorde a este principio.

A continuación haremos referencia a las pautas que las TPG ofrecen en el ámbito de la definición de los hechos, para comprobar que en algunos puntos se sobrepasa su mero descubrimiento y delimitación aséptica. En tal caso, la modificación de los hechos

⁴²⁹ TPG, par.9.161. Por este motivo, resulta muy preocupante que Pascal SAINT-AMANS, director del Centro de Política Fiscal y Financiera y principal precursor del plan BEPS, manifestara que “es posible desconocer los acuerdos contractuales cuando su resultado no es satisfactorio”, afirmación que demuestra un desprecio nada disimulado a la correcta aplicación del *arm's length principle*, en que se requiere un cuidado por la técnica y una precisión difícilmente comparables a cualquier otra regla en el panorama impositivo comparado. Vid. HENSALL (2013b), p.10.

⁴³⁰ Vid. *infra* apartado 4.3. para una discusión acerca de la carga de la prueba en el marco de los ajustes transaccionales.

implicará la realización de un ajuste transaccional, pues la concreción incorrecta de la base fáctica derivará en la búsqueda de comparables alejados de la realidad y en consecuencia el ajuste primario resultante no reflejará el acuerdo que habrían alcanzado partes independientes en una situación idéntica, sencillamente porque tal identidad no se habrá alcanzado. Es muy importante distinguir ambos planos para evitar interferencias innecesarias en el correcto desempeño del análisis de comparabilidad.

3.1.1. Factores de comparabilidad. La importancia de la correcta determinación de los hechos.

Los elementos de la operación vinculada relevantes para la consecución del análisis de comparabilidad reciben la denominación de “factores de comparabilidad” o “características económicas relevantes” de la operación⁴³¹. Cabe distinguir al respecto entre factores externos y factores internos.

Los factores externos abarcan tanto las circunstancias de las partes como el entorno económico en que operan. Si bien no son trascendentes a la hora de determinar la sujeción de una operación entre partes vinculadas al régimen de precios de transferencia aplicable -puesto que éste aspecto se define en el presupuesto de hecho de la norma de precios interna que resulte de aplicación- en el ámbito de la consecuencia jurídica prevista -el ajuste en beneficios resultante de la práctica de un análisis de comparabilidad- resultan esenciales. A la hora de determinar dichas características se deberán tener en cuenta las circunstancias económicas de las partes y del mercado en que operan y su estrategia empresarial⁴³². Estos elementos se emplean tanto para delimitar correctamente la operación como a la hora de llevar a buen término el resto

⁴³¹ TPG par.3.1, se remite a los párrafos 1.38 a 1.63. *OECD 2014 BEPS Actions 8, 9 and 10. Draft on revisions to chapter I of the Transfer Pricing Guidelines (including risk, recharacterisation, and special measures)*, par.10. *OECD 2015 Aligning Transfer Pricing Outcomes with Value Creation, Actions 8-10 – 2015 Final Reports*, par.1.36 et seq. Treas. Regs. 1.482-1(d)(3).

⁴³² *OECD 2014 BEPS Actions 8, 9 and 10. Draft on revisions to chapter I of the Transfer Pricing Guidelines (including risk, recharacterisation, and special measures)*, par.10, 16. *OECD 2015 Aligning Transfer Pricing Outcomes with Value Creation, Actions 8-10 – 2015 Final Reports*, par.1.36 et seq. En esta categoría podríamos englobar también la referencia a cómo la operación afecta a la cadena de valor del grupo, vid. par.2.

del análisis de comparabilidad, en especial a la hora de escoger el método más apropiado y los elementos de comparación⁴³³.

Los factores internos, referidos a la operación en sí, comprenden los términos contractuales de la operación, las funciones que desarrollan las partes y las características del bien o servicio en cuestión. Seguidamente centraremos nuestra atención en éstos para conocer la metodología encaminada a la determinación de los hechos de una operación vinculada e identificación de la incidencia de la posible aplicación concurrente de normas que permitan recalificar una operación.

Al hilo de la concreción de las condiciones de la operación efectuada entre sujetos asociados, las TPG establecen que resulta conveniente analizar las cláusulas contractuales como punto de partida para conocer cómo se reparten las responsabilidades, riesgos y resultados⁴³⁴. Una base documental sólida aportada por el contribuyente no sólo supone un incremento en la transparencia a la hora de relacionarse con la administración sino que le coloca en una mejor posición de partida⁴³⁵. De hecho, no sería razonable limitar los medios de prueba que el contribuyente pueda emplear para demostrar que ha obrado de manera adecuada. Con todo, normalmente los grupos multinacionales efectúan un sinnúmero de operaciones entre sí de tal forma que concluir contratos en cada transacción supone una carga en términos de tiempo y coste y en todo caso, normalmente su nivel de detalle será menor respecto al esperable entre partes independientes ya que es muy extraño que exista litigiosidad entre partes que pertenecen a un mismo grupo empresarial⁴³⁶.

Una vez examinada la documentación pertinente, reviste gran importancia comprobar si las partes han ajustado su conducta a los términos expresados o por el contrario han

⁴³³ *OECD 2014 BEPS Actions 8, 9 and 10. Draft on revisions to chapter I of the Transfer Pricing Guidelines (including risk, recharacterisation, and special measures)*, par.11, 13. *OECD 2015 Aligning Transfer Pricing Outcomes with Value Creation, Actions 8-10 – 2015 Final Reports*, par.1.37.

⁴³⁴ Las cláusulas de una operación se pueden encontrar tanto en el contrato escrito como en la correspondencia y comunicaciones entre las partes. *OECD 2015 Aligning Transfer Pricing Outcomes with Value Creation, Actions 8-10 – 2015 Final Reports*, par.1.42, 6.35. Vid. TPG par.1.52, par.9.11 en relación a la asignación de riesgos. Sobre la importancia de estos elementos, KROPPEN; EIGELSHOVEN (2001), p. 228. KROPPEN; RASCH (2004), p.29. SPORKEN; AALVIK (2006), p.42.

⁴³⁵ WRIGHT; KEATES (2009), p.116.

⁴³⁶ BULLEN; GERTEN; STÜRZLINGER (2009), p.1001.

procedido de manera diferente⁴³⁷ para determinar las condiciones de la operación según ha sido verdaderamente estructurada entre partes vinculadas⁴³⁸. Se debe llevar a cabo un análisis funcional más completo que abarque otros factores para así identificar y comparar las actividades con trascendencia económica⁴³⁹, las funciones ejercidas, los activos utilizados y los riesgos asumidos por las partes en la operación⁴⁴⁰. Por tanto, será la conducta de las partes -los hechos efectivamente acaecidos- la que configure la operación a analizar⁴⁴¹. De hecho, si las condiciones contractuales entre las partes no constan por escrito, las TPG indican que se deberán deducir de la conducta que mantengan y de los principios económicos que habitualmente rijan las relaciones entre empresas independientes.

La divergencia de intereses que manifiestan partes independientes y que se refleja en diversos aspectos de la relación contractual no tiene por qué suceder entre partes vinculadas⁴⁴², de modo que las cláusulas contractuales no tienen por qué contener una descripción detallada y precisa de las relaciones comerciales o financieras entre las partes⁴⁴³. En todo caso, si los términos contractuales y la conducta de las partes

⁴³⁷ TPG par.1.52. Vid. en Australia, Ruling TR 2014/D3, par.22, par.25, par.72.

⁴³⁸ TPG par.1.53, par.9.13. La OCDE entiende que la causa principal deriva de la inexistencia de una divergencia de intereses entre partes vinculadas.

⁴³⁹ TPG par.1.52. Vid. TPG par.1.42 referido al análisis funcional: “en las operaciones comerciales entre dos empresas independientes, la remuneración refleja normalmente las funciones desempeñadas por cada empresa (teniendo en cuenta los activos utilizados y los riesgos asumidos). Por tanto, para determinar si son comparables entre sí operaciones vinculadas y no vinculadas, o entidades asociadas e independientes, es necesario realizar un análisis de este tipo”. *OECD 2014 BEPS Actions 8, 9 and 10. Draft on revisions to chapter I of the Transfer Pricing Guidelines (including risk, recharacterisation, and special measures)*, par.2.

⁴⁴⁰ TPG par.1.42.

⁴⁴¹ En el ámbito de la atribución de riesgos, vid.TPG, par.9.14 donde se vislumbra que la postura de la OCDE es elevar a la conducta como la evidencia más clara de la “auténtica” atribución de riesgos. En este sentido, BLOUGH; COPE, «Review of the OECD’s Draft Report On Transfer Pricing Aspects of Business Restructurings», KPMG, October 10, 2008, p. 3-4, obra citada en CALDERON CARRERO, J. M. (2009), p.60., indican que la OCDE se desmarca de su postura inicial sobre la función de los contratos como elemento de asignación de riesgos.

⁴⁴² *OECD 2014 BEPS Actions 8, 9 and 10. Draft on revisions to chapter I of the Transfer Pricing Guidelines (including risk, recharacterisation, and special measures)*, par.5 se refiere a tres manifestaciones concretas: (1) que los términos contractuales concluidos reflejan los intereses de ambas partes; (2) que una parte normalmente buscará el cumplimiento del contrato de la otra y viceversa; (3) que los términos contractuales se ignorarán o modificarán siempre y cuando esto beneficie a ambas partes.

⁴⁴³ *OECD 2014 BEPS Actions 8, 9 and 10. Draft on revisions to chapter I of the Transfer Pricing Guidelines (including risk, recharacterisation, and special measures)*, par.5. TPG par.9.164. En las reuniones previas a la publicación del informe de 2008 sobre reestructuraciones empresariales, el *Working Party 6* –dedicado a la tributación de grupos multinacionales- y los contribuyentes representados siempre coincidieron en este punto de partida. Vid. BELL (2009b), p.160.

coinciden, no hay ninguna razón para desconocerlos⁴⁴⁴, so pena de afectar a un mínimo necesario de certeza y predictibilidad. Es decir, el planteamiento es acertado siempre y cuando no se relegue el papel de los contratos a un plano subsidiario respecto de la conducta de las partes, puesto que dicho enfoque podría dar lugar a la realización de ajustes transaccionales por la vía de la modificación de hechos.

En este sentido, el descubrimiento de los hechos en ningún caso debe dar lugar a este tipo de ajustes porque tal práctica crearía distorsiones insalvables⁴⁴⁵. La administración no puede arrogarse la facultad de modificar términos contractuales⁴⁴⁶ en el plano de la determinación de los hechos pues dicha práctica no encaja en los parámetros del funcionamiento lógico del análisis de comparabilidad. En otras palabras, la administración debe descubrir los hechos relevantes en un caso dado sin modificarlos. Con todo, existen diversos ámbitos en que la OCDE aboga por prácticas contrarias a esta idea, cuyas consecuencias contravienen por tanto el principio de plena competencia. Las pautas sobre modificación en la atribución de riesgos son un buen ejemplo de la existencia de este tipo de elementos de distorsión, que pueden derivar en la realización de ajustes transaccionales⁴⁴⁷. El problema se genera desde el mismo instante en que se confunde la determinación de la asignación de riesgos por las partes y el establecimiento de pautas sobre su reasignación, lo cual conlleva la realización de un ajuste transaccional implícito. Las TPG sin embargo distorsionan ambas realidades y en consecuencia la lógica del análisis de comparabilidad queda viciada⁴⁴⁸, según tendremos ocasión de comprobar a continuación.

⁴⁴⁴ En este sentido, COTTANI (2009), p.237 apunta que uno de los comentarios al informe sobre reestructuraciones empresariales entiende que debería revisarse el texto para eliminar el requisito de la asignación de riesgos *at arm's length*, siempre que los riesgos se distribuyan en acuerdos escritos y si las partes actúan de manera coherente con los términos contractuales.

⁴⁴⁵ En el documento *OECD 2014 BEPS Addressing the tax challenges of the digital economy*, p.118, se destaca la importancia de distinguir el plano de determinación de los hechos y la práctica de recaracterización de una operación.

⁴⁴⁶ NAUMANN, M. et al. (2009), p.100.

⁴⁴⁷ Las *Guidelines* plantean una serie de pautas para la redistribución de riesgos que se sitúan fuera del marco de las disposiciones sobre desconocimiento de las condiciones de la operación de los par.1.64-1.69. Vid. TPG par.9.12: “[...] como se señaló en los párrafos 1.47 a 1.53, las administraciones tributarias pueden poner en duda si una pretendida atribución de riesgos entre empresas asociadas, basada en cláusulas contractuales, resulta o no coherente con la sustancia económica de la operación”.

⁴⁴⁸ Vid. COTTANI (2009), p.238. JIE-A-JOEN; LIERENS; MOERER (2009), p.660. HICKMAN et al. (2010), p. 29.

En el marco del análisis de las situaciones que se derivan de la interacción entre el ámbito contractual y la realidad, si atendemos a las directrices fijadas por la OCDE respecto a la relación entre cláusulas contractuales y conducta de las partes, cabe distinguir diversas situaciones -que seguidamente analizaremos- en función del grado de fidelidad de los términos del contrato con los hechos acaecidos. De esta forma, puede suceder que contratos y conducta coincidan, que no existan contratos sobre los que basar el análisis o que ambos planos reflejen realidades distintas, bien porque los contratos obvien ciertos aspectos relevantes de la operación o porque la conducta de las partes es contraria a lo dispuesto en los contratos.

3.1.1.1. Coincidencia de la conducta de las partes con los términos contractuales.

Si las operaciones acometidas entre partes vinculadas se han documentado en contratos y el tenor de los mismos ha sido respetado, esta situación no presenta problemas puesto que ambos planos se encuentran alineados y la determinación de los hechos del caso no debería ser objeto de controversia en este sentido. El análisis de comparabilidad tendrá lugar conforme a dicha información. No obstante, la ausencia de conflictos a este nivel no genera necesariamente consecuencias sobre el ámbito de aplicación de los ajustes transaccionales, cuyo contenido será objeto de discusión más adelante.

3.1.1.2. Contratos que no reflejan la totalidad de los elementos del negocio.

En ocasiones puede suceder que las transacciones que acometen partes vinculadas se hayan documentado en contratos cuyo contenido sin embargo no abarca todos los aspectos de la operación⁴⁴⁹. En este caso es posible distinguir una doble vertiente.

Por un lado, la conducta de las partes puede servir de base para solventar tal vacío. Imaginemos un supuesto en que la sociedad P es la matriz de un grupo multinacional con residencia en el país P y la sociedad S, con residencia en el país S, es una filial que actúa como distribuidora de los productos de la sociedad P, cuyos clientes son minoristas independientes. El contrato entre P y S regula las operaciones de distribución pero no se refiere en ningún momento a la realización de actividades de marketing o

⁴⁴⁹ *OECD 2015 Aligning Transfer Pricing Outcomes with Value Creation, Actions 8-10 – 2015 Final Reports*, par.1.43, 1.49.

promoción. Sin embargo, la sociedad S lleva a cabo este tipo de labores que incrementan el valor de la marca -cuyo titular es P- y determinan un incremento de las ventas a minoristas⁴⁵⁰. Dado que tal actividad no se previó en el contrato suscrito pero afecta directamente a la relación entre las partes, este dato debe formar parte del análisis de comparabilidad sobre la operación acometida.

Por otro lado, será necesario atender a la regulación jurídico privada de cada Estado para conocer la distribución de derechos y obligaciones de cada parte⁴⁵¹. Un buen ejemplo es la regulación del contrato de agencia -armonizada a nivel europeo⁴⁵²- en que se establece que los agentes comerciales independientes tienen derecho a percibir la comisión por sus servicios a más tardar el último día del mes siguiente al fin del trimestre durante el que se haya devengado, salvo pacto de un plazo inferior⁴⁵³. En este sentido, aunque partes independientes no hayan pactado un plazo concreto, el aspecto comentado se deduce de la normativa que determina el régimen jurídico privado de la relación.

La asignación de riesgos es un aspecto que presenta una problemática concreta cuando no queda reflejada en el correspondiente contrato⁴⁵⁴. Su identificación es crucial en el ámbito de las operaciones vinculadas, ya que asumir riesgos conlleva la oportunidad de generar beneficios o de percibir una compensación por soportarlos, dependiendo del tipo de riesgo ante el que nos encontremos⁴⁵⁵. Si no existen pautas acerca de este extremo, será necesario analizar la posición de cada parte en el acuerdo y las funciones que asumen.

La OCDE propone como ejemplo la situación de un grupo distribuidor gasístico que opera en un mercado competitivo, en que no hay margen de diferenciación del producto,

⁴⁵⁰ Ejemplo extraído de los informes *OECD 2015 Aligning Transfer Pricing Outcomes with Value Creation, Actions 8-10 – 2015 Final Reports*, par.1.44 y *OECD 2014 BEPS Actions 8, 9 and 10. Draft on revisions to chapter I of the Transfer Pricing Guidelines (including risk, recharacterisation, and special measures)*, par.4, inspirados a su vez en el ejemplo 3 de las Treas. Regs. 1.482-1(d)(3)(ii)(C). Vid. COLE (2014), 2-13: 2-14.

⁴⁵¹ BULLEN (2011), p.163; PICHHADZE (2015a), p.126.

⁴⁵² Directiva 86/653/CEE, de 18 de diciembre de 1986.

⁴⁵³ Art.10.3 Directiva 86/653/CEE. Art.16 Ley 12/1992, de 27 mayo, sobre contrato de agencia en España.

⁴⁵⁴ Vid. UN-PMTP13, par.5.3.2.22.

⁴⁵⁵ *OECD 2014 BEPS Actions 8, 9 and 10. Draft on revisions to chapter I of the Transfer Pricing Guidelines (including risk, recharacterisation, and special measures)*, par.37.

el tamaño del mercado es estable y los sujetos que operan en el mismo asumen precios dados. Los operadores carecen de una capacidad de maniobra suficiente como para variar significativamente los márgenes que perciben. Un factor clave en este escenario será la capacidad de gestionar adecuadamente la financiación de cada miembro del grupo y en especial del capital circulante, que dependerá de las condiciones de los acuerdos con los productores de gas, de cuya negociación se encarga la matriz del grupo. Supongamos que gracias a su actuación, las filiales distribuidoras logran condiciones favorables que contribuyen a que no tengan que solicitar financiación exterior para mantener niveles óptimos de capital circulante. En este caso, a pesar de que el riesgo financiero lo soportan las distribuidoras, la intervención de la matriz ha causado un efecto positivo al mitigarlo⁴⁵⁶. La consecuencia lógica será el cálculo de una compensación a la matriz adecuada a la función que ha ejercido, que en última instancia desembocará –en su caso- en un ajuste primario para reflejar este hecho, porque de no existir vinculación, dichas funciones se hubiesen realizado a cambio de la correspondiente remuneración.

Los supuestos referidos a contratos complejos, en que en un mismo negocio se conjugan varios componentes, también presentan particularidades. En el caso *Sony Ericcson*, el Alto Tribunal de Delhi (India) constató que las funciones de marketing que ejerce una distribuidora no tienen por qué retribuirse de forma separada respecto del contrato de distribución acordado con el fabricante, sino que basta con constatar una rebaja en el precio de compra de las mercaderías o un pago reducido de cánones en caso de que la existencia de licencias concedidas a la distribuidora⁴⁵⁷.

El caso *Fiat* en Francia se resolvió en el mismo sentido. La administración entendió que una serie de pagos realizados por la distribuidora a la fabricante no incluían la remuneración por costes derivados de garantías. La Corte de apelación determinó sin embargo que la administración debía haber probado que estos costes no se habían tenido

⁴⁵⁶ Vid. *OECD 2014 BEPS Actions 8, 9 and 10. Draft on revisions to chapter I of the Transfer Pricing Guidelines (including risk, recharacterisation, and special measures)*, par.51.

⁴⁵⁷ *Sony Ericsson Mobile Communication India Pvt. Ltd v. CIT* (2014, Alto Tribunal de Delhi, India). Esta decisión corrige criterios jurisprudenciales en contrario, vertidos en la sentencia *LG Electronics India Private Limited v. ACIT* (2014, Alto Tribunal de Delhi, India). En el mismo sentido, *BMW India Private Limited v. ACIT* (2014, Alto Tribunal de Delhi, India). Vid. KOTAK; JAIN; PARIKH (2014), p.961. BHATNAGAR (2015), p.253-254. MITRA (2015), p.1. WAGH (2015), p.525.

en cuenta en el cálculo del precio en sí⁴⁵⁸. Por tanto, a la hora de considerar la existencia de condiciones no previstas contractualmente, no hay que descartar que las partes hayan podido prever su existencia a la hora de conformar la contraprestación de la operación. Es por ello aconsejable la revisión a fondo de todos los elementos de la relación entre las partes antes de realizar asunciones sobre nuevos elementos a integrar en su relación comercial.

La OCDE sin embargo mantiene una posición contraria a este respecto. En el ámbito de las pautas sobre asignación de riesgos, indica que a la hora de acordar las contraprestaciones en un acuerdo, éste no tiene por qué reflejar la contribución de cada parte en cuanto a su gestión y mitigación. Para ilustrar esta afirmación se propone el ejemplo de una fabricante que se ve remunerada según el método del coste incrementado, que facilita la traslación al distribuidor del riesgo de fluctuación en el precio de las materias primas del primero, ya que el cálculo del margen bruto de plena competencia a través de este método parte del coste de fabricación del bien en cuestión por parte del fabricante. Entiende el organismo internacional que en caso de que el fabricante adopte medidas para mitigar el riesgo, el distribuidor debería retribuir esta función⁴⁵⁹. No se plantea sin embargo que quizá, como en el caso *Sony Ericsson*, esas funciones ya encuentran retribución por otra vía o, incluso, a través del cálculo del precio de la operación puede haberse previsto de antemano esta circunstancia. Con todo, conviene no perder de vista que en relaciones con terceros independientes, constantemente se fijan precios a través del método del coste incrementado y no por ello la parte compradora remunerará a la vendedora si ésta logra mitigar el impacto de riesgos relacionados con su estructura de costes. El poder de negociación de las partes jugará un papel muy importante en este sentido.

Para cerrar el apartado cabe señalar que la distinción entre contratos incompletos y el incumplimiento de los términos contractuales en ocasiones es complicada de trazar. Tomemos como ejemplo un caso que la OCDE propone para ejemplificar éste segundo

⁴⁵⁸ *SA Fiat France* (2009, Tribunal Administrativo de Apelación, Francia), citada en MARTENS; DELEON (2012), p.5.

⁴⁵⁹ *OECD 2014 BEPS Actions 8, 9 and 10. Draft on revisions to chapter I of the Transfer Pricing Guidelines (including risk, recharacterisation, and special measures)*, par.57. Vid. CHAMBERLAIN; TURLEY (2015), p.10-11 donde se indica que el objeto de este tipo de operaciones es que la entidad libre de riesgo perciba un flujo de renta continuo y libre de riesgo de acuerdo con las funciones realizadas y activos empleados.

escenario⁴⁶⁰. La sociedad S logra una licencia para usar propiedad intelectual que la sociedad P, su matriz, posee. La sociedad P, además, prestará asistencia técnica, de manera que S abonará regalías por ambos conceptos. En cuanto a la conducta de las partes, P se encarga de negociar contratos con clientes no relacionados, presta servicios técnicos a la sociedad S y provee a ésta sociedad de personal para lograr contratos con clientes. Los clientes además insisten en incluir a la sociedad P como parte en el contrato junto a la sociedad S, aunque los retornos generados por esos negocios son percibidos en exclusiva por la sociedad S. Indica la OCDE que el análisis de las relaciones comerciales y financieras apunta a que la sociedad S no podría haber desarrollado la mayor parte de su actividad sin el apoyo de la sociedad P y que la sociedad P no actúa como un licenciante sino como el principal a la hora de concluir contratos, por lo que las funciones activas y riesgos asumidos por P no se corresponden con el acuerdo escrito.

A nuestro parecer, la solución de la OCDE desconoce el hecho de que la sociedad S se está beneficiando económicamente de la licencia que la sociedad P le ha concedido, tal y como se infiere con facilidad de los hechos relatados. El hecho de que la sociedad P desarrolle más funciones de las señaladas en un principio no indica que nos encontramos ante un supuesto en que los contratos concluidos se han incumplido, sino que simplemente existe un problema de insuficiente remuneración por parte de S a las funciones desarrolladas por P. Por tanto, los términos del contrato no son incorrectos, sino que su clausulado está incompleto.

3.1.1.3. Contratos que reflejan erróneamente ciertos elementos del negocio.

El incumplimiento de los términos del contrato plantea problemas concretos en el ámbito de la normativa sobre precios de transferencia. Entre partes independientes las consecuencias pueden variar, desde el establecimiento de penalizaciones en el propio contrato, hasta su resolución o rescisión, así como la adopción de medidas judiciales por parte del sujeto perjudicado en su caso. En el caso de partes vinculadas normalmente no habrá repercusiones debido a la existencia de una relación que impide que cada sujeto actúe motivado únicamente por su propio interés. En este apartado analizaremos las

⁴⁶⁰ *OECD 2014 BEPS Actions 8, 9 and 10. Draft on revisions to chapter I of the Transfer Pricing Guidelines (including risk, recharacterisation, and special measures)*, par.6. *OECD 2015 Aligning Transfer Pricing Outcomes with Value Creation, Actions 8-10 – 2015 Final Reports*, par.1.48.

consecuencias derivadas de la inexactitud del contenido de los contratos respecto de la conducta demostrada por las partes⁴⁶¹, atendiendo a una distinción doble.

En primer lugar, encontramos supuestos en que existe una diferencia entre los términos contractuales y la conducta de las partes pero la calificación del negocio jurídico permanece intacta. Tal discordancia es relevante, dado que la correcta determinación de las condiciones de la operación entre partes vinculadas es un elemento crítico para acometer un análisis de comparabilidad acertado, puesto que todas las circunstancias que rodean la operación son relevantes para optar por el método apropiado y la búsqueda de comparables en consecuencia. No obstante, el proceso de definición de los hechos implica un riesgo elevado de realización de ajustes transaccionales por esta vía, de tal forma que es muy importante que el aplicador de la norma extreme la precaución para respetar los hechos acontecidos sin transformarlos.

El ámbito de los riesgos, de nuevo, plantea problemas específicos al respecto. La determinación de la asignación y asunción de riesgos en una operación es un factor de relevancia para determinar de forma apropiada las prestaciones de las partes, ya que su atribución normalmente se verá compensada por un incremento en la contraprestación⁴⁶², que variará dependiendo de la entidad del riesgo en sí y de las funciones que la parte ejerza, desde soportar la materialización del riesgo hasta su gestión o control⁴⁶³.

En este contexto, pueden existir supuestos extremos en que a nivel contractual se plantee la traslación del riesgo a cambio de una remuneración, cuando en realidad el riesgo no ha existido en ningún momento o la parte que lo asume de antemano conoce que no puede cumplir su obligación de cubrir el riesgo en caso de que se materialice. Un ejemplo de la primera situación puede ser un contrato de compraventa de mercaderías entre un vendedor que comercia en dólares y un comprador que comercia en euros, en que el comprador asume el riesgo por tipo de cambio –y recibe una compensación por

⁴⁶¹ *OECD 2015 Aligning Transfer Pricing Outcomes with Value Creation, Actions 8-10 – 2015 Final Reports*, par.1.45, 1.46.

⁴⁶² TPG par.1.45, par.9.10. Tanto la doctrina como la OCDE son conscientes de esta realidad y de hecho se reconoce la distribución de riesgos como una de las áreas conflictivas en el informe sobre BEPS, vid. *OECD 2013 Addressing Base Erosion and Profit Shifting*, p.42. *OECD 2013 Action Plan on Base Erosion and Profit Shifting*, p.20.

⁴⁶³ Vid. ejemplos de retribución por gestión del riesgo en TPG par.9.25, 9.26, 9.27.

ello-, a pesar de que las operaciones se pacten en euros⁴⁶⁴. En tal supuesto, el riesgo para el comprador no existe, de modo que su asignación contractual carece de fundamento⁴⁶⁵.

Para ilustrar la segunda situación basta con mencionar que nadie suscribiría un contrato de seguro y pagaría primas a una sociedad que no disponga de la capacidad financiera para cubrir los daños en caso de que el riesgo se materialice⁴⁶⁶, o la capacidad de articular mecanismos para evitar su impacto⁴⁶⁷. En este supuesto sencillamente el riesgo no se ha trasladado, a pesar de que el contrato suscrito entre las partes señale lo contrario⁴⁶⁸. En términos llanos, valorar qué sucede “cuando las cosas van mal”⁴⁶⁹ es decisivo para conocer el sujeto que efectivamente soportará las consecuencias últimas de la materialización del riesgo y en consecuencia será un factor relevante a la hora de concretar la distribución de los riesgos en la operación acometida entre partes vinculadas.

Con todo, siempre existirán supuestos en que la capacidad de un sujeto para afrontar el riesgo sea discutible. A título de ejemplo podemos mencionar la existencia de una entidad perteneciente a un grupo de empresas multinacional en que se centralizan todos los riesgos y cuya capacidad para hacer frente a la materialización de los mismos es suficiente sobre la base de cierta previsión en cuanto a la probabilidad de que sucedan, pero que no podría hacer frente a una materialización masiva por falta de capital necesario para ello. ¿Podría considerarse que la entidad carece de medios para hacer frente a los riesgos? Sin duda la respuesta variará en función de las circunstancias de

⁴⁶⁴ *OECD 2014 BEPS Actions 8, 9 and 10. Draft on revisions to chapter I of the Transfer Pricing Guidelines (including risk, recharacterisation, and special measures)*, par.44.

⁴⁶⁵ Probablemente ésta es la idea que las TPG quieren expresar cuando se refieren al hecho de que la asignación del riesgo a un sujeto que no tiene la capacidad financiera para asumir sus consecuencias implica la ausencia de sustancia económica. Vid. TPG par. 9.20, 9.29-9.32, 9.36, 9.191, 9.193.

⁴⁶⁶ SCHÖN (2014), p.288. En el caso *Marzen Artistic Aluminum Ltd. v. The Queen* (2014, Tribunal Fiscal, Canadá), par.162 el Tribunal indicó que el hecho de que una matriz estuviese por contrato obligada a capitalizar a una de sus subsidiarias siempre que lo requiriese es determinante para entender que el riesgo derivado de su actuación siempre permaneció en la matriz y no en la filial. Vid. KOH; BERNSTEIN (2014), p.1032. WILSON (2014), p.2. BAKKER (2015), p.79.

⁴⁶⁷ TPG par.9.32. Se entiende comprendido por tanto todo aquel sujeto que sea capaz de articular medidas para protegerse del riesgo, vid. COTTANI (2009), p.236.

⁴⁶⁸ Vid. *OECD 2015 Aligning Transfer Pricing Outcomes with Value Creation, Actions 8-10 – 2015 Final Reports*, par.1.78. En el mismo sentido, JONES RODRÍGUEZ (2007), p.142.

⁴⁶⁹ HICKMAN et al. (2011), p.29.

cada caso⁴⁷⁰, si bien cabe señalar que si en el momento de traslación del riesgo la incapacidad de la entidad para hacer frente al riesgo no es constatable ni previsible, la asignación debería respetarse a nivel de determinación de los hechos.

Este tipo de situaciones deben distinguirse de los casos en que la asignación de riesgos se ha efectuado conforme al contrato suscrito pero existen dudas sobre su compatibilidad con el *arm's length principle*, bien debido al cómputo de la remuneración que compensa la traslación del riesgo, bien por el hecho de que no existen comparables y se considere que partes independientes no hubiesen distribuido el riesgo de igual manera. Estas cuestiones se deben sustanciar en fases ulteriores del modelo de análisis propuesto, no en el momento de la definición de los hechos. Las TPG sin embargo sitúan el análisis de la distribución de riesgos en conjunto precisamente en esta fase, planteamiento que no debe quedar exento de crítica, puesto que las guías sobre ajustes en la asignación de riesgos pueden convertirse en una “puerta trasera” para la realización de ajustes transaccionales⁴⁷¹. La OCDE confunde las etapas del análisis, cuya diferenciación es crucial para entender el verdadero alcance de los ajustes transaccionales. A continuación se ofrece un ejemplo que evidencia la importancia decisiva en la correcta determinación de los hechos y su preceptiva separación de ajustes derivados de la aplicación del *arm's length principle*.

En el marco de una relación fabricante-distribuidor, se establece por contrato que el distribuidor asumirá el riesgo de retirada de productos por deficiencias en el proceso de fabricación, percibiendo a cambio la correspondiente compensación. Sin embargo, durante el período de vigencia de contrato no ha sido necesario retirar producto alguno del mercado, gracias a los estrictos programas de calidad en la cadena de suministro, protocolos de testeo avanzados y mano de obra cualificada del fabricante. La OCDE indica que el control del riesgo ha permanecido en manos del fabricante y es a éste a quien se debería atribuir el mismo⁴⁷². A nuestro parecer, esta solución obvia los hechos del supuesto y la mejor prueba de ello es que a pesar de las precauciones que ha tomado el fabricante para mitigar el riesgo, de haberse materializado, hubiese sido el

⁴⁷⁰ Vid. BULLEN (2011), p.484 et seq. para un estudio en profundidad sobre esta cuestión.

⁴⁷¹ ATKINSON; MORRIS (2009), p.10.

⁴⁷² OECD 2014 BEPS Actions 8, 9 and 10. Draft on revisions to chapter I of the Transfer Pricing Guidelines (including risk, recharacterisation, and special measures), par.60.

distribuidor quien hubiese tenido que soportar las consecuencias. La aproximación correcta al supuesto no pasa por el desconocimiento u omisión de los hechos; basta con revisar la remuneración que percibe el distribuidor para saber si se han tenido en cuenta las tareas que el fabricante ha desarrollado con el objeto de mitigar el riesgo. Así las cosas, el distribuidor debería percibir una remuneración menor porque el riesgo de retirada de productos es menor gracias a la acción del fabricante.

La OCDE precisamente adopta la postura que proponemos –revisión de la compensación frente a reasignación del riesgo- en otro ejemplo. Un fabricante vende sus productos a un distribuidor relacionado por un precio que iguala el coste más un margen de beneficio. Este modo de fijar el precio implica que el distribuidor soportará el riesgo de fluctuación en el precio de las materias primas empleadas por el fabricante en el proceso de producción. La OCDE en este caso indica que si el fabricante gestiona el riesgo, deberá percibir una compensación por esta tarea. Este planteamiento es coherente con la idea de que la mera cesión de la capacidad para administrar y monitorizar el riesgo no tiene por qué implicar su traslación⁴⁷³. La misma solución se propone en otro ejemplo, en que el riesgo por impago de deudores se transmite a través de un acuerdo de *factoring*⁴⁷⁴, sin que ello signifique que el riesgo deba reasignarse a la entidad que presta este servicio. La revisión de la compensación en los casos que proceda es un resultado más acorde con la sistemática del análisis de comparabilidad que la reasignación de riesgos.

También se han planteado problemas al hilo de la inexactitud de los contratos con respecto a la conducta de las partes como base para realizar ajustes al alza sobre el beneficio en el ámbito de la normativa sobre distribución oculta de beneficios alemana. La administración esgrimía defectos formales en acuerdos entre partes vinculadas para considerar que la prestación de servicios que acometían entre ellas constituía en realidad una distribución oculta de beneficios con la consiguiente imposibilidad de deducción por parte de la pagadora de la cuantía del servicio en cuestión⁴⁷⁵. El Tribunal Fiscal

⁴⁷³ TPG par.9.23.

⁴⁷⁴ *OECD 2014 BEPS Actions 8, 9 and 10. Draft on revisions to chapter I of the Transfer Pricing Guidelines (including risk, recharacterisation, and special measures)*, par.68.

⁴⁷⁵ La norma alemana de distribución oculta de beneficios (*verdeckte Gewinnausschüttung*) dispone que a la hora de determinar la existencia de renta, es irrelevante si ha existido en términos jurídico privados una distribución de beneficios y que la distribución oculta de beneficios no reducirá la base imponible de la entidad distribuidora, vid. Sección 8(3), inciso 2º, KStG. KROPPE; EIGELSHOVEN (2014), p.7

Federal Alemán (*Bundesfinanzhof*) determinó que en supuestos puramente internos se necesita un acuerdo contractual inequívoco realizado con anterioridad a la operación en sí para descartar la existencia de una distribución oculta de beneficios. Sin embargo, en casos transfronterizos en que resulte aplicable un CDI con cláusula idéntica a la del art.9 MCOCDE, entiende el Tribunal que éste precepto impide la aplicación de éste tipo de requisitos por sobrepasar el mandato *at arm's length*⁴⁷⁶. Por tanto, el Tribunal entiende que la aplicación del principio de plena competencia ha de basarse en los hechos que efectivamente han sucedido y no necesariamente en los términos contractuales pactados, en aquellos casos en que el contenido de ambos planos es diferente.

En Argentina se consideró que la solución opuesta es la apropiada. En el caso *Litoral Gas*⁴⁷⁷, a través de la normativa sobre precios de transferencia interna de este país se denegó la deducibilidad de intereses derivados de un préstamo a favor de una entidad argentina por parte de una entidad vinculada belga debido a la falta de cumplimiento de todo los requisitos formales, a pesar de que existía un contrato entre las partes y los pagos efectivamente se efectuaron.

En segundo lugar, puede suceder que en un supuesto dado, la calificación de un negocio sea incorrecta debido a que éste no ha tenido lugar tal y como las partes lo presentan. En tal caso, la figura de la simulación permite descubrir la realidad de un negocio tras haber rebasado las apariencias creadas por quienes lo acometen⁴⁷⁸. La simulación

indican que para determinar la existencia de una distribución oculta, la jurisprudencia ha definido cuatro requisitos: (1) el activo de la entidad sufre una disminución o se ha visto impedido el aumento del activo de la entidad; (2) este hecho es causado por la relación entre accionista y entidad; (3) la disminución o el impedimento del aumento del activo provoca una disminución de la renta obtenida por la entidad y (4) la disminución o el impedimento del aumento del activo no ha tenido lugar debido a un acuerdo de distribución de beneficios de acuerdo a la normativa mercantil en la materia.

⁴⁷⁶ BFH 11 octubre 2012 (2012, Tribunal Fiscal Federal, Alemania), citada en ANDRESEN; KERENYI (2013), p.183 et seq. DITZ; SCHNEIDER (2014), p.189 et seq. VÖGELE; DE HOMONT (2014), p.26-27. El caso trata sobre una filial alemana que paga a su matriz una serie de cantidades por prestación de servicios mediante contrato verbal que más adelante –tras la efectiva prestación de los servicios- se plasma en un contrato cuyos efectos se retrotraen al inicio de la relación obligacional. Dado que la remuneración se fijó de acuerdo al principio de plena competencia, el *Bundesfinanzhof* consideró que el art.9 impedía la realización de ajustes sobre la operación.

⁴⁷⁷ Caso *Litoral Gas* (2008, Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal, Argentina). Vid. RYBNIK (2008), p.149-150.

⁴⁷⁸ Con esta afirmación no tratamos de señalar que la simulación es un expediente de recalificación, sino que sirve para descubrir la realidad que las partes quieren disimular. Sin embargo, hablar de simulación en términos jurídicos implica que en el descubrimiento de la realidad disimulada, las partes han realizado un negocio distinto o no hayan realizado un negocio en absoluto. Resulta necesario distinguir este tipo de

negocial existe cuando se oculta bajo la apariencia de un negocio jurídico normal otro propósito negocial; ya sea éste contrario a su existencia misma -simulación absoluta-⁴⁷⁹, ya sea el propio de otro tipo de negocio -simulación relativa-⁴⁸⁰, de modo que tal figura constituye una condición especial de la causa⁴⁸¹. La verdadera intención de las partes permanece oculta o disfrazada tras una apariencia negocial legítima. En pocas palabras, el expediente de simulación es una herramienta que sirve para desvelar los hechos relevantes para determinar la verdadera naturaleza jurídica de la operación⁴⁸² que permanecerá oculta por mor de las partes.

En el marco de la normativa sobre precios de transferencia, el expediente de simulación servirá para descubrir los hechos definitorios de la operación efectuada entre partes vinculadas que permiten fijar correctamente el negocio jurídico realmente acordado, de tal forma que sirva como referencia fiable en el marco del análisis de comparabilidad, tanto a la hora de elegir el método más apropiado como en el momento de búsqueda de comparables entre partes independientes. En consecuencia, el expediente de simulación se aplicará con anterioridad al análisis de comparabilidad, por lo que la aplicación de la norma de simulación y la referida a operaciones vinculadas no son incompatibles ni entrañan colisión en ningún caso⁴⁸³. No es necesario pronunciarse acerca de cuál debe prevalecer; más bien cabe afirmar que aquélla determinará el resultado sobre el que se aplicará ésta.

situaciones de aquéllas señaladas en el primer punto de este subapartado, a saber: supuestos en que la naturaleza del negocio jurídico no varía pero los elementos que conforman la operación no han sido definidos correctamente. Si por ejemplo en una compraventa internacional con precio aplazado, se determina contractualmente que el riesgo de tipo de cambio se soportará por la parte compradora, cuando en realidad es la vendedora quien lo está soportando, ello no obsta para que el negocio siga siendo una compraventa con precio aplazado -es decir, el negocio jurídico no varía-.

⁴⁷⁹ Por ejemplo, maniobras de alzamiento de bienes para crear una ficción de insolvencia. Vid. RUIZ ALMENDRAL, V.; ZORNOZA PEREZ, J. J. (2008), p.1233.

⁴⁸⁰ El ejemplo más claro es la elevación a escritura pública de una compraventa cuando en realidad la parte que recibe el bien no abona su precio, no cumple con la contraprestación característica de este negocio. Nos encontraríamos en este caso ante una donación.

⁴⁸¹ ZORNOZA (2010), p.556.

⁴⁸² En el mismo sentido, ZIMMER, F. (2002), p.30 nombra los conceptos “sustancia jurídica” o “realidad jurídica” que manejan jurisdicciones como Bélgica, Francia o Reino Unido, entre otras.

⁴⁸³ No compartimos por tanto la postura de CALDERÓN CARRERO (2009), p.72 cuando señala que “actualmente el campo de aplicación del ‘disregard’ es fundamentalmente el de las operaciones simuladas (*factual sham*) y las que carecen de todo propósito empresarial y de sustancia económica”.

3.1.1.4. Ausencia de contratos.

Ante la ausencia de contratos, la identificación de una relación comercial o financiera puede ser complicada en ciertos casos. Según la OCDE, será necesario constatar si la actividad de una parte vinculada deriva en la creación de valor para la otra parte. Supongamos que una sociedad matriz contrata servicios prestados por una empresa independiente de los que se beneficiarán exclusivamente sus subsidiarias, sin que exista contrato ni compensación entre ellas⁴⁸⁴. Este supuesto plantea problemas adicionales puesto que su calificación como “operación” entre partes vinculadas resulta dudosa.

El caso *Nestlé*⁴⁸⁵ constituye un buen ejemplo de lo comentado. Este caso versa sobre la transferencia de una actividad de *cash pooling* de una empresa francesa a una entidad vinculada extranjera sin contraprestación alguna a cambio. El Tribunal Administrativo de París se basó en la regla francesa de operaciones vinculadas⁴⁸⁶ para afirmar que en supuestos en que se traspasa una actividad con potencial para generar beneficios es necesario abonar una compensación a favor de la sociedad transmitente -en el caso, la vinculada francesa-, porque de otra forma sufriría una pérdida económica no acorde con aquello que partes independientes hubiesen pactado⁴⁸⁷.

Otro ejemplo que cabe citar en este ámbito es la jurisprudencia India sentada en los casos *Vodafone*⁴⁸⁸ y *Shell*⁴⁸⁹, en que la administración trató de defender que la emisión de acciones a favor de entidades vinculadas, por debajo de su valor real, constituye de hecho un préstamo encubierto. Los tribunales indicaron que la normativa interna india

⁴⁸⁴ Ejemplo extraído de *OECD 2014 BEPS Actions 8, 9 and 10. Draft on revisions to chapter I of the Transfer Pricing Guidelines (including risk, recharacterisation, and special measures)*, par.8. *OECD 2015 Aligning Transfer Pricing Outcomes with Value Creation, Actions 8-10 – 2015 Final Reports*, par.1.50.

⁴⁸⁵ *Nestlé Finance International Ltd.* (2011, Tribunal Administrativo de París, Francia), vid. MARTENS; DELEON (2012), p.6. No obstante, el tribunal de instancia casó la sentencia por considerar que el análisis de comparabilidad efectuado por la administración no era suficientemente preciso y porque se emplearon comparables secretos. Incluimos esta referencia en nota al pie porque el tribunal no trató el problema sobre si la transmisión de funciones requería ser compensada. Vid. *Nestlé Finance International* (2013, Tribunal Administrativo de Apelación de París, Francia), citada en BAKKER (2015), p.75.

⁴⁸⁶ Art.57 *Code Général des Impôts* francés.

⁴⁸⁷ MONSENEGO; CABRITA (2012), p.12.

⁴⁸⁸ *Vodafone India Services Private Limited* (2014, Alto Tribunal de Bombay, India). Advertimos al lector de que este caso no es el mismo que el conocido caso *Vodafone International Holdings B.V. v. Union of India* (Tribunal Supremo, India), referido a la potestad de gravamen de un supuesto de transmisión indirecta de acciones de una empresa residente en este país.

⁴⁸⁹ *Shell India Markets Private Limited v. ACIT* (2013, Alto Tribunal de Bombay, India).

de precios de transferencia requiere la existencia de renta real derivada de la transacción bajo análisis –no potencial, como trataba de defender la administración- y que en el supuesto no se cumplía este requisito esencial⁴⁹⁰. En sentido similar falló el Alto Tribunal de Dehli en cuatro casos referidos a gastos de publicidad, marketing y promoción (*AMP expenditure*) incurridos por las filiales de multinacionales extranjeras, pues la administración debía probar -y no lo hizo- que una operación vinculada internacional tuvo efectivamente lugar⁴⁹¹.

Por otro lado, el caso *Hospital Corporation of America*⁴⁹² trata sobre una entidad que tiene la oportunidad de gestionar un hospital en Arabia Saudí pero finalmente cede la gestión a una entidad vinculada sin que medie compensación alguna. El Tribunal Fiscal de EE.UU. entendió que no era necesario remunerar esta cesión porque la oportunidad de negocio no se había plasmado todavía en un contrato y por tanto no existía la certidumbre de que el negocio finalmente se realizase. Con todo, este caso evidencia que la transmisión de oportunidades de negocio certeras puede dar lugar ajustes que reflejen una compensación por este hecho⁴⁹³.

Las pautas que la OCDE establece en las TPG y demás documentos relacionados toman como referencia la dicción del art.9 MCOCDE, que emplea la expresión “relaciones comerciales y financieras” consumadas entre partes independientes, término más amplio que otros empleados en la normativa interna de los Estados que han adoptado el principio de plena competencia como referencia para estructurar su normativa sobre precios de transferencia. Por ejemplo, en el presupuesto de hecho de la norma española se emplea el término “operaciones”, cuyo alcance parece más limitado⁴⁹⁴. Estas diferencias pueden causar problemas a la hora de definir el ámbito de aplicación de la norma. La OCDE parece percatarse del problema puesto que ofrece una solución muy eficaz al describir el término “operación” como “la consecuencia o expresión de

⁴⁹⁰ Vid. KOTAK; JAIN; PARIKH (2014), p.957. IYER; NAYAK (2014), p.3. KALRA; DADHWAL (2015), p.1.

⁴⁹¹ Vid. *Bausch & Lomb Eyecare v. ACIT* (2015, Alto Tribunal de Delhi, India); *Honda Siel Power Products v. ACIT* (2015, Alto Tribunal de Delhi, India); *Maruti Suzuki India v. ACIT* (2015, Alto Tribunal de Delhi, India); *Whirlpool of India v. ACIT* (2015, Alto Tribunal de Delhi, India).

⁴⁹² *Hospital Corporation of America v. Commissioner* (Tribunal Fiscal, EE.UU.).

⁴⁹³ Vid. KROPPE; SILVA (2011), p.40. ROSENBERGER; STÜRZLINGER (2011), p.114 sobre la pertinencia de la compensación de oportunidades de negocio.

⁴⁹⁴ Art.18.1 LIS: “Las operaciones efectuadas entre personas o entidades vinculadas se valorarán por su valor de mercado”.

relaciones comerciales o financieras entre las partes”⁴⁹⁵, de forma que equipara ambas expresiones. El organismo internacional parece seguir la estela de la jurisprudencia británica que indica que ante la ausencia de contratos escritos, se puede inferir una relación obligacional tomando en consideración la conducta de las partes, aunque con la adopción de las precauciones necesarias para que las autoridades que revisen esta relación no inventen términos inexistentes⁴⁹⁶.

No obstante, la identificación de ambos conceptos puede no resultar adecuada, especialmente porque ésta es una cuestión que corresponde resolver al derecho interno de cada Estado a través de la interpretación de su norma de operaciones vinculadas, práctica que podría derivar en un resultado distinto del propuesto por este organismo. Por otra parte, una interpretación apegada a la necesaria existencia de relación contractual entre las partes relegaría el régimen de operaciones vinculadas a un plano meramente residual, bastando con que las partes no concertasen contratos entre sí para esquivar la aplicación de la norma. Éste es, con toda probabilidad, el escenario que la OCDE quiere evitar al optar por una definición del término operación tan amplia. Con todo, es necesario resaltar que el ámbito de aplicación objetivo de la normativa sobre operaciones vinculadas dependerá de la configuración concreta de la regla interna de cada Estado.

3.1.2 Los criterios extraños a la determinación de los hechos son incompatibles con el principio de plena competencia.

Al margen de las pautas señaladas sobre la correcta definición de los hechos que servirán de base para acometer el análisis de comparabilidad, la OCDE propone otros criterios cuya aplicación implica su alteración. Este empeño encuentra una explicación muy sencilla; resulta mucho más cómodo variar las condiciones de la operación en un ámbito donde es más complicado percibir tal práctica, como es la etapa de

⁴⁹⁵ *OECD 2014 BEPS Actions 8, 9 and 10. Draft on revisions to chapter I of the Transfer Pricing Guidelines (including risk, recharacterisation, and special measures)*, par.3. No podemos olvidar que las TPG y demás textos interpretativos de *soft law* sirven no sólo para el análisis del art.9 MCOCDE, sino también para el estudio de la normativa interna sobre precios de transferencia que basen su regulación en tal principio.

⁴⁹⁶ *Robin Ray v Classic FM* (1998, Alto Tribunal de Justicia, Reino Unido), par.45, citado en HENSHALL; SMITH (2012), p.6.

determinación de los hechos. Además, en este ámbito no se plantean las exigencias de excepcionalidad y proporcionalidad que normalmente informan la realización de ajustes transaccionales, de modo que es sencillo inferir que existen incentivos para que la administración encuentre trate de alterar los hechos al momento de su definición⁴⁹⁷. No obstante, tal práctica conduce a la realización de ajustes transaccionales implícitos contrarios al principio de plena competencia, ya que introduce elementos extraños en la conformación de los hechos como base para la correcta aplicación de la norma.

A continuación enunciaremos los criterios que a nuestro entender podrían dar lugar a la realización de ajustes transaccionales implícitos y que por ello han de ser desechados en un análisis coherente con el *arm's length principle*.

Primero, las TPG alientan el análisis de las “operaciones efectuadas en condiciones de plena competencia”⁴⁹⁸ y –en términos más genéricos- de los “principios económicos que normalmente rigen las relaciones entre empresas independientes”⁴⁹⁹. El empleo de estos criterios entra en evidente contradicción con la correcta definición de los hechos del caso, pues carece de sentido referirse a la práctica de partes independientes al momento de concretar los elementos de la operación entre partes vinculadas. Si a la hora de definir el primer término de comparación –operación vinculada- éste se ve igualado al segundo término de comparación –referente entre partes independientes-, desaparece la necesidad de contrastar ambos extremos por ser idénticos, de manera que completar el análisis de comparabilidad carecería de sentido. Con todo, en la revisión del apartado que se lleva a cabo al hilo del proyecto BEPS se eliminan referencias a este parámetro, lo que parece indicar que la OCDE se ha percatado del error de concepto en que incurren las TPG⁵⁰⁰.

⁴⁹⁷ VINCENT; LUQUET (2015), p.1475.

⁴⁹⁸ TPG par.1.52: “En las operaciones efectuadas *en condiciones de plena competencia*, las cláusulas contractuales definen generalmente, de forma expresa o implícita, cómo se reparten las responsabilidades, riesgos y resultados entre las partes. En este sentido, el examen de los términos contractuales debe formar parte del análisis funcional al que nos hemos referido anteriormente. Las cláusulas de una operación se pueden encontrar, además de en el contrato escrito, en la correspondencia y en las comunicaciones entre las partes. Cuando no consten por escrito las condiciones contractuales entre las partes, habrá que deducirlas de su conducta y de los principios económicos que normalmente rigen las relaciones entre empresas independientes”.

⁴⁹⁹ TPG par.1.2. En referencia a la atribución de riesgos, TPG par.9.12.

⁵⁰⁰ Cfr. TPG par.1.52 y *OECD 2014 BEPS Actions 8, 9 and 10. Draft on revisions to chapter I of the Transfer Pricing Guidelines (including risk, recharacterisation, and special measures)*, par.3.

Segundo, el mismo problema se plantea cuando, en el ámbito de las pautas sobre atribución de riesgos, las TPG indican que las administraciones tributarias pueden cuestionar la distribución de riesgos basada en cláusulas contractuales si no resulta coherente con la “sustancia económica” de la operación⁵⁰¹. La OCDE entiende que una determinada asignación de riesgos entre partes asociadas carece de sustancia económica si no se corresponde con la que habrían acordado partes no vinculadas en mercado abierto en condiciones idénticas o muy similares. Es decir, lo apropiado -según las TPG- es concretar qué *habrían* acordado partes no vinculadas en circunstancias comparables⁵⁰². En última instancia, el resultado que se pretende alcanzar es el desconocimiento de la distribución de los riesgos acordado entre vinculadas y su posterior reordenación para que encaje con las condiciones que partes independientes acordarían⁵⁰³. El objetivo que se pretende lograr es facilitar el posterior análisis de comparabilidad que tendrá lugar en el ámbito de la valoración de la operación para determinar si procede llevar a cabo ajustes en precios, ya que una asignación de riesgos diferente a la que acometerían partes no vinculadas puede dificultar en gran medida la búsqueda de comparables al ser este elemento un factor clave. En todo caso, la existencia de razones de índole práctica no justifica en modo alguno la adopción de una pauta abiertamente contraria al principio de plena competencia.

Tercero, la OCDE enuncia el criterio de “opciones realmente disponibles”⁵⁰⁴, que también resulta extraño a la idea de análisis funcional. La propuesta se basa en afirmar que partes independientes compararán la operación con las opciones realmente disponibles y sólo la llevarán a cabo si no vislumbran una alternativa que ofrezca mejor oportunidad para lograr sus objetivos. Es posible encontrar esta referencia en las TPG, en la descripción general sobre el análisis de comparabilidad que se lleva a cabo en el capítulo I⁵⁰⁵, en el capítulo VI referido a intangibles⁵⁰⁶ y en el capítulo IX, referido a reestructuraciones empresariales⁵⁰⁷. Al hilo del proyecto BEPS y en la misma línea

⁵⁰¹ TPG par.9.12.

⁵⁰² Así se desprende además del esquema planteado en TPG par.9.33. La similitud con la doctrina *could have* estadounidense es evidente. Vid. SILBERZTEIN (2011a), p.157.

⁵⁰³ Ajuste que por otra parte es subjetivo por naturaleza como bien se reconoce en TPG par.9.20.

⁵⁰⁴ La ONU y las *Regulations* en Estados Unidos también hacen referencia a este parámetro en UN-PMT13, par.1.5.11 y Treas. Regs. 1.482-2T(g)(2)(iii) respectivamente.

⁵⁰⁵ Vid. TPG par.1.34.

⁵⁰⁶ Vid. TPG par.6.14.

⁵⁰⁷ Vid. TPG par.9.59 et seq. Vid. HICKMAN (et al.) (2011), p.27. MAISTO (2011), p.179.

descrita, la OCDE sitúa este concepto en una posición central, tanto en el ámbito de la delineación de la operación como una característica económica relevante más de la transacción entre partes vinculadas⁵⁰⁸ como en el análisis de problemas relacionados con intangibles⁵⁰⁹.

En esta línea se afirma que partes independientes, al evaluar los términos de una operación potencial, la compararán con otras opciones disponibles de modo realista y sólo acometerán dicha operación si no existen alternativas que ofrezcan una oportunidad claramente más atractiva de lograr sus objetivos comerciales. En otras palabras, partes independientes sólo llevarán a cabo la operación si existe la expectativa de que no quedarán en una posición peor que la derivada de la siguiente mejor alternativa. Resulta significativo que en el borrador de 2014 sobre la materia, la OCDE adoptase tales criterios en el apartado referido al no reconocimiento de las condiciones de la operación⁵¹⁰, mientras que en el informe final de 2015 los incluye en el apartado referido a la determinación de los hechos⁵¹¹.

La utilización de estos parámetros resulta a todas luces inoportuna, puesto que al referirse a la práctica de partes independientes respecto a la valoración de las distintas opciones comerciales que se den en un momento dado se pretende igualar la posición de partes vinculadas e independientes como paso previo a la búsqueda de comparables de la operación, lo que implica un claro distanciamiento respecto del esquema lógico de funcionamiento del *arm's length principle*. La toma en consideración de las opciones disponibles para partes independientes supone una grave confusión en los términos que

⁵⁰⁸ *OECD 2014 BEPS Actions 8, 9 and 10. Draft on revisions to chapter I of the Transfer Pricing Guidelines (including risk, recharacterisation, and special measures)*, par.12, 14, cuya dicción se basa en los TPG par.1.34, 1.35. *OECD 2015 Aligning Transfer Pricing Outcomes with Value Creation, Actions 8-10 – 2015 Final Reports*, en referencia a los factores de comparabilidad: par.1.38, 1.40, 1.52, 1.53; riesgos: 1.64; no reconocimiento: 1.122.

⁵⁰⁹ *OECD 2012 Discussion Draft. Revision of the Special Considerations for Intangibles*, par.80 et seq, 126, 256. *OECD 2013 Revised Discussion Draft on Transfer Pricing Aspects of Intangibles*, par.136. *OECD 2014 BEPS Guidance on Transfer Pricing Aspects of Intangibles*, par. 109 et seq., 6.108 et seq., 6.136. SPORKEN; VISSER (2015), p.13.

⁵¹⁰ Cfr. *OECD 2014 BEPS Actions 8, 9 and 10. Draft on revisions to chapter I of the Transfer Pricing Guidelines (including risk, recharacterisation, and special measures)*, par.89.

⁵¹¹ *OECD 2015 Aligning Transfer Pricing Outcomes with Value Creation, Actions 8-10 – 2015 Final Reports*, par.1.38.

solamente puede responder a la pretensión de simplificar la realización de ajustes transaccionales a través de la modificación de los hechos⁵¹².

En los informes acerca de atribución de beneficios derivados de activos intangibles es donde la repercusión del criterio que prevé la consideración de alternativas en el plano de la fijación de los hechos ha tenido más impacto. La valoración de alternativas disponibles en el ámbito de los intangibles es un elemento al que han hecho referencia tanto el capítulo VI de las TPG10 como los informes de 2012⁵¹³, 2013⁵¹⁴, 2014⁵¹⁵ y 2015⁵¹⁶. Si bien en el primer texto la alusión a esta herramienta es más bien somera –de hecho se menciona al hilo de un ejemplo⁵¹⁷–, en los otros textos la OCDE extiende sus consideraciones al respecto y queda patente en las propuestas de 2014 y 2015 el deseo de introducir un régimen de búsqueda de opciones alternativas paralelo a la determinación de comparables.

La OCDE establece que en un estudio relativo a intangibles en el marco del análisis de comparabilidad, se deben tomar en consideración las opciones disponibles de modo realista de ambas partes en una operación⁵¹⁸, en especial en la determinación de compensaciones a sujetos que hayan contribuido a la creación o desarrollo del intangible⁵¹⁹. Según esta propuesta, la existencia de comparables no es un factor que excluya la necesidad de determinar si otras opciones podrían haber resultado potencialmente más atractivas desde un plano económico⁵²⁰. Esta línea de razonamiento conducirá a resultados contrarios al *arm's length standard* cuando existan comparables pero la administración estime más apropiado acudir a opciones alternativas cuyas

⁵¹² En el mismo sentido, BULLEN (2011), p.151-152. VINCENT; LUQUET (2015), p.1477 en referencia a la postura de la OCDE vertida en el informe BEPS de 2014.

⁵¹³ *OECD 2012 Discussion Draft. Revision of the Special Considerations for Intangibles*, par.80 y ss.

⁵¹⁴ *OECD 2013 Revised Discussion Draft on Transfer Pricing Aspects of Intangibles*, par.129 y ss.

⁵¹⁵ *OECD 2014 BEPS Guidance on Transfer Pricing Aspects of Intangibles*, par.6.43, 6.52, 6.57, 6.61, 6.108-6.111, 6.136, 6.151, ejemplo 7: par.16, ejemplo 30: par.109, 111, 112.

⁵¹⁶ *OECD 2015 Aligning Transfer Pricing Outcomes with Value Creation, Actions 8-10 – 2015 Final Reports*, intangibles: 6.52, 6.62, 6.111, 6.139, 6.154, 108, 110, 111.

⁵¹⁷ TPG par.6.14: “El adquirente estará normalmente dispuesto a pagar este precio de licencia si el beneficio que puede esperar de la utilización de los intangibles es satisfactorio a la vista de otras opciones disponibles de modo realista”.

⁵¹⁸ *OECD 2012 Discussion Draft. Revision of the Special Considerations for Intangibles*, par.80; *OECD 2013 Revised Discussion Draft on Transfer Pricing Aspects of Intangibles*, par.129. WITTENDORFF (2012a), p.948. MAHALINGHAM et al. (2013), p.20.

⁵¹⁹ *OECD 2014 BEPS Guidance on Transfer Pricing Aspects of Intangibles*, par.6.52.

⁵²⁰ Si bien de otras partes de la propuesta de 2014 parece inferirse lo contrario, vid. *OECD 2014 BEPS Guidance on Transfer Pricing Aspects of Intangibles*, par.6.136.

condiciones difieren de las pactadas entre partes vinculadas⁵²¹, puesto que tal planteamiento redundaría en un desconocimiento de los hechos inadmisibles por las razones comentadas en este apartado⁵²².

El empleo de los parámetros descritos como vía de realización de ajustes transaccionales en el plano de la definición de los hechos ha de ser descartada. Así mismo, queda patente que el aplicador de la norma debe extremar la precaución en esta fase inicial -sobre la que el análisis de comparabilidad se apoya- para evitar resultados contrarios al principio de plena competencia por las razones expuestas.

3.2. La compatibilidad del ajuste transaccional con la institución de la calificación y con medidas referidas a supuestos de recalificación.

Una vez concretada la relevancia de la correcta determinación de los hechos del caso, a continuación trataremos la relación entre ajustes transaccionales y normas que permiten la recalificación del negocio, esto es, medidas antiabuso generales y especiales. Calificar hechos supone determinar la etiqueta jurídica que el ordenamiento otorga a esa realidad, lo que en su caso fijará la aplicación de la consecuencia jurídica que la norma en cuestión anuda al cumplimiento de su presupuesto. En la esfera del derecho tributario, una correcta calificación es esencial para determinar el tratamiento tributario que corresponde a la manifestación de riqueza que la normativa de un Estado decida gravar. Los conflictos de calificación que puedan surgir entre el contribuyente –que normalmente es quien primero califica y aplica la normativa tributaria al cumplir con su deber de autoliquidar el impuesto- y la administración, se referirán al encaje de unos hechos en el presupuesto de hecho de una norma concreta. Recalificar, por ello, implicará normalmente una variación en el resultado, al aplicarse una consecuencia jurídica distinta a la inicialmente prevista.

⁵²¹ En el mismo sentido, SILBERZTEIN; BENNET; LEMEIN (2013a), p.62.

⁵²² CHANDLER et al. (2012), p.792, si bien se refieren en concreto al distanciamiento de estos parámetros con los establecidos en los par.1.64-1.69, la conclusión es idéntica. SILBERZTEIN; BENNET; LEMEIN (2013a), p.62 indican que sería deseable alinear las disposiciones referidas a intangibles de los últimos informes de la OCDE con los par.1.64-1.69 y 9.161-9.194 por una parte –en referencia al ajuste de las condiciones de operaciones vinculadas- y los par.9.22-9.28 –en el ámbito de la asignación de riesgos-.

En el ámbito de las operaciones vinculadas sin embargo este esquema jugará un papel diferente, pues la existencia de conflictos de calificación referidos al tratamiento fiscal de la operación normalmente no dará lugar a la inaplicación de la norma de precios de transferencia, a no ser que la discrepancia surja al hilo de la definición del perímetro subjetivo de la norma. Es más habitual que la discusión se centre en la naturaleza de la operación en sí, de modo que la calificación resulta relevante a efectos de determinar los elementos de comparabilidad, el método y la consiguiente búsqueda de comparables próximos a la operación objeto de análisis. Dicho con otras palabras, la calificación de la operación será relevante a efectos de cumplir la ficción que el *arm's length standard* impone. Por ejemplo, la recalificación de un instrumento financiero de capital a deuda no determinará la inaplicación de la normativa sobre precios de transferencia, pero sí será un dato trascendente en la búsqueda de comparables ya que se deberá tener en cuenta la nueva naturaleza de la operación de financiación recalificada.

No obstante, si bien es un elemento a considerar, la calificación –a diferencia de su papel en el ámbito de la normativa tributaria- no tiene por qué ser determinante para llevar a buen término el análisis de comparabilidad en caso de que las características económicas relevantes de una operación sean equivalentes a las de un comparable que, si bien es muy próximo, no recibe la misma calificación a efectos jurídicos que la operación vinculada de referencia. Imaginemos que en el supuesto de un instrumento financiero híbrido -sobre un determinado instrumento concurren elementos definitorios de deuda y de capital al mismo tiempo-, la administración de un Estado califica éste como deuda y permite la deducibilidad del pago de intereses. En el ámbito del análisis de comparabilidad, el contribuyente encuentra un comparable externo consistente en un instrumento financiero prácticamente idéntico que sin embargo es calificado como capital por el mismo Estado. En este caso, a pesar de las diferencias de calificación, es razonable afirmar que el comparable es adecuado siempre y cuando la práctica de ajustes de comparabilidad permita eliminar posibles fricciones derivadas de tal disparidad, que en principio deberían ser mínimas.

La calificación de la operación debe tener lugar en el estadio correspondiente a la definición de la operación para que posteriormente se pueda acometer el análisis de comparabilidad de manera correcta. Por tanto, el proceso de calificación –o recalificación- no entra en colisión en su aplicación con la normativa sobre precios de

transferencia ni con la realización de ajustes transaccionales⁵²³, cuya aplicación en ningún caso dará lugar por sí sola a la recalificación de la renta⁵²⁴, dado que la modificación de las condiciones de la operación surtirá efectos únicamente en el ámbito de la concreción de un ajuste primario –valorativo-⁵²⁵. En otros términos, la repercusión del ajuste transaccional se circunscribe exclusivamente al análisis de comparabilidad y por tanto a la realización de ajustes de valoración según determine la aplicación de normativa sobre precios de transferencia. Las herramientas de recalificación nombradas inciden en el tratamiento jurídico de la renta, por lo que se sitúan en un plano distinto⁵²⁶.

Esta distinción es crítica para diferenciar el ajuste transaccional de otro tipo de instrumentos que permiten la recalificación, como sucede con buena parte de las normas generales antiabuso y normas especiales entre las que se incluyen el ajuste secundario, normas de subcapitalización y otras similares. De no ser así, la existencia de reglas de ajuste secundario para recalificar la operación atendiendo a la naturaleza jurídica derivada la práctica de ajustes de valoración perdería su sentido, porque bastaría con realizar ajustes transaccionales para lograr el mismo resultado. Por tanto, el ajuste transaccional supone un cambio en las condiciones de la operación para calcular correctamente el ajuste valorativo sobre beneficios que corresponda, sin que trascienda su aplicación extramuros de este ámbito. En cambio, el ajuste secundario implica considerar las implicaciones normativas de la operación en otros aspectos más allá del beneficio concreto logrado en la misma⁵²⁷.

⁵²³ SILBERZTEIN (2011b), p.7 se refiere a la compatibilidad de los ajustes transaccionales y la aplicación de normativa general antiabuso.

⁵²⁴ Vid. en el ámbito de la norma de operaciones vinculadas española, COSÍN OCHAÍTA (2008), p.10.

⁵²⁵ En el mismo sentido, VIDAL (2015), p.60.

⁵²⁶ Esta distinción no siempre guarda reflejo en la doctrina y es habitual la confusión entre el plano de valoración y el de calificación, vid. *inter alia* p.581. HORNER (1996), p.582. CALDERÓN CARRERO (2007), p.19. CRASSWELLER (2008), p.23. WITTENDORFF (2016), p.335. SANZ GADEA (2009), p.8 al señalar que “al no reconocimiento, sólo puede llegarse a través de las normas antiabuso de carácter general”. CALDERÓN; MARTÍN JIMÉNEZ (2012), p.29 et seq, cuando afirman que “la normativa en materia de operaciones vinculadas es, fundamentalmente, una regla de valoración, que sólo de forma excepcional, en las condiciones señaladas en las Directrices y el *Discussion Draft* (sobre reestructuraciones empresariales de 2008) se convertirá en un instrumento de recalificación”.

⁵²⁷ Discrepamos por tanto de la afirmación vertida en CALDERÓN CARRERO; MARTÍN JIMÉNEZ (2009), p.40-41 donde se indica que “allí donde la administración recaracteriza la operación [efectúa un ajuste transaccional, se entiende] sería extraño que se llevara a cabo un ajuste secundario dado que la propia recalificación de la operación debería pivotar sobre las operaciones y flujos de tesorería realizados de manera que se estableciera la correcta tributación de los mismos”. El desacierto del planteamiento citado reside en la confusión del ámbito de actuación de ambas figuras. El ajuste transaccional se refiere exclusivamente al plano del ajuste de comparabilidad y por consiguiente al cálculo del ajuste primario (valorativo) que corresponda, mientras que el ajuste secundario incidirá sobre la calificación de dicha renta.

Normalmente la confusión entre estas figuras se produce debido a que la realización de ajustes transaccionales pueda derivar en una consecuencia similar a la aplicación de una regla de recalificación. Si por ejemplo en el marco de la realización de un ajuste transaccional se determina que una operación de préstamo entre partes vinculadas jamás hubiese tenido lugar entre partes independientes, el ajuste primario resultante revertirá los flujos de renta que tuvieron lugar como consecuencia de la transacción, lo que determinará la imposibilidad de deducir cantidad alguna. Una regla que implique la recalificación de deuda en capital tendrá un efecto similar en sede del pagador, al negar la deducibilidad de la remuneración por la operación de financiación, si bien en este caso –a diferencia del anterior- el flujo de renta del prestatario al prestamista no se desconoce. Ahora bien, el hecho de que el resultado sea idéntico –imposibilidad de deducir cantidad alguna- no quiere decir que en ambos supuestos los efectos sean los mismos.

En este sentido, en Finlandia, el Tribunal Supremo Administrativo determinó con acierto que la norma interna de operaciones vinculadas no podía servir como base para recalificar una operación de financiación en una aportación de capital, tal y como sostuvo la administración para negar la deducibilidad de los intereses pagados al prestamista⁵²⁸. De acuerdo con la decisión del Tribunal, las TPG no pueden servir para expandir el ámbito de la normativa de precios de transferencia interna a pesar de que aboguen por admitir esta práctica en las pautas sobre realización de ajustes transaccionales⁵²⁹. La norma ha de ceñir su ámbito al de los ajustes de valoración. Para la recalificación de la operación es necesario invocar la norma general antiabuso⁵³⁰, o una norma especial que autorice tal práctica.

Es de extrema importancia distinguir la normativa sobre precios de transferencia como conjunto de reglas que imponen una ficción en el plano de valoración por un lado y el *arm's length* como principio que exige una comparación respecto de aquello que partes independientes acordarían en circunstancias similares por otro, ya que son realidades

⁵²⁸ Caso *KHO 2014:119* (Tribunal Supremo Administrativo, Finlandia), citado en PENTTILA; NIEMINEN (2015), p.306-307.

⁵²⁹ Vid. ejemplo relativo al primer supuesto enunciado en TPG par.1.65.

⁵³⁰ PENTTILA; NIEMINEN (2015), p.308

muy próximas pero diferentes. Este principio puede emplearse en normas referidas a la calificación -o recalificación- de la renta. Aunque a primera vista la distinción puede parecer excesivamente abstracta, la implicación práctica de esta afirmación genera repercusiones de suma importancia, por ejemplo en la discusión acerca del efecto restrictivo que el art.9.1 MCOCDE surte -o no- sobre reglas internas de subcapitalización.

Por un lado, las afirmaciones vertidas en el apartado anterior sirven para distinguir el alcance del art.9.1 MCOCDE como regla referida a la modificación de la valoración de operaciones vinculadas de la normativa sobre subcapitalización, referida a la calificación de la renta. En este sentido, a nuestro parece este precepto convencional no impone ninguna restricción a un Estado que aplique en una situación convencional su regla interna de subcapitalización.

Por otro lado, una norma interna de precios de transferencia configurada de acuerdo al *arm's length principle* enunciado en el art.9.1 sólo generará ajustes en el plano de la valoración, jamás en el de la calificación de la renta o en la determinación de su deducibilidad en el plano fiscal⁵³¹. Por tanto, ante una situación de sobreendeudamiento, no se puede esgrimir esta norma interna -mucho menos el art.9.1 del CDI aplicable- para denegar la deducibilidad de un pago de intereses derivado de la recalificación de la renta que superen el monto que partes independientes hubiesen acordado en circunstancias idénticas o muy similares.

La OCDE mantiene una posición diferente en el problema de la relación entre las normas de subcapitalización y la normativa sobre operaciones vinculadas, tal y como se deduce del informe que este organismo elaboró en 1987⁵³² y las pautas que refleja el Comentario al art.9.1 del Modelo de Convenio⁵³³, puesto que el Comité de Asuntos Fiscales entiende que el art.9.1 autoriza la recalificación de la renta en base a estas normas. En concreto, se indica que si existen beneficios que no han quedado reflejados en la contabilidad de una empresa porque ha pagado intereses a una entidad vinculada,

⁵³¹ Cfr. VAN DER BREGGEN (2006), p.296 se percata de la diferencia entre ajuste de calificación y ajuste transaccional, si bien no parece reparar en la trascendencia de la distinción.

⁵³² OECD 1987 *Thin capitalization*, par.48 et seq. Cfr. MARRES (2016), p.4.

⁵³³ CMCOCE14, art.9, par.2-4.

pero en una situación *at arm's length*, el pago no hubiese sido deducible, entonces al ajustar la base imponible de la empresa para incluir el pago, la administración estará actuando de conformidad con el art.9.1⁵³⁴.

A nuestro entender, en realidad las normas de subcapitalización no encuentran restricción por este precepto en ningún caso por las razones comentadas, si bien ello no implica que estas normas de derecho interno sean aplicables sin limitación alguna en contextos convencionales. Con esto queremos decir que existen límites a otros niveles, como por ejemplo el artículo de los CDI equivalente al art.24.4 del MCOCDE o el principio *pacta sunt servanda*, ya que mediante la aplicación de normas de recalificación que afectan a ítems de renta cuya calificación ha tenido lugar a nivel de CDI, se produce una extensión unilateral de la jurisdicción para gravar que previamente el Estado en cuestión había decidido limitar mediante la suscripción del CDI⁵³⁵.

En todo caso, puesto que la realización de ajustes transaccionales -verdadero objeto de este trabajo- no implica un ejercicio de recalificación de la renta⁵³⁶, consideramos adecuado excluir del ámbito del presente trabajo tanto el estudio de la naturaleza y alcance de reglas que sí permiten ese resultado, como el análisis de los problemas que se plantean al hilo de la compatibilidad de cláusulas antiabuso generales y especiales respecto de los Convenios para evitar la doble imposición⁵³⁷.

3.3 relevancia de la distinción entre instrumentos para la determinación de los hechos y reglas para la calificación de las rentas.

⁵³⁴ OECD 1987 *Thin capitalization*, par.49.

⁵³⁵ Vid. SCHOUERI (2014b), p.690-691.

⁵³⁶ Contra DE BROE (2008), par.259-261. BULLEN (2011), p.353-354. KOFLER (2015), art.9, m.no.15 afirma que el art.9.1 “prohibe, por ejemplo, las reglas de subcapitalización que impidan la deducción de intereses distintos de los correspondientes *at arm's length*”, si bien este último autor afirma lo contrario en la misma obra, más adelante, m.no.103 “no hay duda de que el art.9.1 permite la aplicación de normas internas que ajusten el interés de acuerdo con el *arm's length standard*”.

⁵³⁷ Vid. TPG par.9.162. La OCDE niega la existencia de conflicto entre normas que permiten la recalificación de la renta y la aplicación de normas convencionales, vid. CMOCDE10 art.1 par.9.5, 22 y 22.1. OECD 2014 *BEPS Action 6. Preventing the Granting of Treaty Benefits in Inappropriate Circumstances*, par.61-64, posición que ha sido criticada por la doctrina, vid. ZORNOZA; BÁEZ (2010), p.129 et seq. BÁEZ (2016), p.2-5.

Según hemos podido comprobar, en el marco del análisis de comparabilidad, el impacto de la determinación de los hechos -análisis funcional, simulación- es superior respecto de la aplicación de herramientas referidas a la recalificación -normas antiabuso generales y especiales-, puesto que las primeras incidirán en mayor medida en la consecución óptima del análisis de comparabilidad ante un caso dado. De todas formas, la frontera entre estas figuras dista de ser clara en muchas ocasiones, lo que generará dificultades añadidas en el ámbito de la correcta aplicación de las normas. En el presente apartado analizaremos la interacción de ambos planos para fijar pautas que ayuden a su diferenciación, necesarias para acometer un análisis de comparabilidad adecuado.

Por ejemplo, en ciertas jurisdicciones no existe distinción entre simulación y abuso, de tal forma que la minimización de la carga tributaria por vías contrarias al ordenamiento jurídico, se combate de manera indistinta con figuras de difuso alcance y caracterización, pero que desembocan en un mismo resultado: la aplicación de la norma tributaria que el sujeto pasivo bien pretendió evitar -no realización del hecho imponible- o denegar la aplicación del régimen que pretendió captar -realización del presupuesto de hecho de un régimen más beneficioso-. Si no existiesen otras, la diferenciación de ambas figuras tornaría irrelevante en la práctica. No obstante, esta distinción es pertinente en el ámbito de los precios de transferencia debido a la existencia de disparidades entre ambas figuras, por lo que su estudio resulta crítico para mantener un mínimo de certeza razonable⁵³⁸.

Ante una operación vinculada es preciso conocer si existe una desviación en la valoración con respecto a aquello que partes independientes hubiesen pactado, de tal forma que la calificación de la renta será relevante sólo si ello produce un impacto en el análisis de comparabilidad. La consecuencia más inmediata de esta idea resulta en la posibilidad de que existan operaciones que a pesar de ser abusivas, respetan el parámetro *at arm's length* dado que su valoración se corresponde con aquello que partes independientes hubiesen pactado. Por ejemplo, puede suceder que una adquisición de

⁵³⁸ En el ámbito de los CDI la distinción resulta vital puesto que mecánica de una u otra figura determinan resultados dispares. En un supuesto de simulación, de la correcta determinación de los hechos se derivará la aplicación de pautas de distribución de la potestad tributaria distintas, pero los CDI no establecen reglas para conocer qué hechos serán relevantes al supuesto, por lo que no surge conflicto alguno entre ambos planos.

participaciones intragrupo con financiación de grupo sea considerada abusiva y a la vez, que las operaciones se hayan valorado a mercado de acuerdo con el *arm's length standard*. En tal caso, desde la óptica de la normativa sobre operaciones vinculadas, no se plantean problemas adicionales, lo cual no obsta a que la norma general antiabuso o normas especiales puedan ser aplicables al caso.

En contra de lo comentado, en ciertos ordenamientos ambos planos se entremezclan, de forma que en el contexto de aplicación de normativa sobre operaciones vinculadas se emplean erróneamente conceptos propios de doctrinas generales antielusión. En Australia, una *ruling* emitida por la administración referida a la norma de precios de transferencia incluye ciertos ejemplos que hacen referencia a transacciones circulares o la interposición de entidades *conduit* como ejemplos de situaciones en que la modificación de las condiciones de la operación es posible⁵³⁹. Tales referencias son erróneas, puesto que empañan el análisis con conceptos ligados a la aplicación de normativa antiabuso –sea general o especial- extrañas a la correcta utilización de la normativa sobre precios de transferencia. La norma de operaciones vinculadas no debería erigirse en un instrumento alternativo más para combatir ciertas estructuras que, siendo reprochables, pueden combatirse mediante el empleo de reglas específicas que atajen este tipo de conductas.

En España, el Tribunal Supremo ha desarrollado criterios extraños al principio de plena competencia en el caso *BICC* para denegar las consecuencias fiscales de una operación de compraventa de participaciones de grupo con financiación externa. El Alto Tribunal interpretó la norma de operaciones vinculadas de manera inadecuada puesto que obvió por completo la exigencia de comparabilidad a favor de una suerte de test de razonabilidad aplicable sobre el conjunto de la operación⁵⁴⁰. Así, el empleo de términos como “efecto elusivo”, “operación intrínsecamente asombrosa”⁵⁴¹ o la referencia al

⁵³⁹ Vid. Ruling TR 2014/D3, p.83.

⁵⁴⁰ El Tribunal Supremo señala en el caso *BICC* que “el uso del método comparativo no exige que se analicen ‘operaciones concretas efectuadas por empresas independientes’ para determinar las diferencias con la realizada por la entidad demandante. Si ello fuera así, la aplicación del tantas veces citado artículo 9 de los Convenios sería prácticamente imposible”. STS 18 julio 2012, caso *BICC* (2012, Tribunal Supremo, España), FJ 3º.

⁵⁴¹ Esta línea de razonamiento errónea ya ha sido adoptada por instancias inferiores. El TEAC resolvió a principios de 2015 un caso que versa sobre la adquisición, por parte de la entidad XX -residente en España-, de participaciones en XL Italia, entidad de grupo residente en Italia, a otra entidad de grupo residente en Francia. XL Italia generó cuantiosas pérdidas en los ejercicios previos al momento de la

art.9.1 del CDI aplicable como “norma antielusiva” indican la confusión de conceptos de que adolece el razonamiento del Tribunal para sustentar su decisión.

Según se ha podido comprobar, la determinación de la existencia de abuso no tiene por qué afectar al análisis de comparabilidad, si bien cabe señalar que normalmente la existencia de artificiosidad o la ausencia de motivos para realizar la operación más allá del mero ahorro fiscal podría complicar la búsqueda de comparables, aunque no la imposibilitará necesariamente. Por el contrario, la existencia de simulación sí incidirá en el análisis en cualquier caso porque el punto de partida variará para atender a los hechos que las partes pretendían ocultar. A pesar de la importancia de la distinción, en las TPG se entremezclan ambos planos constantemente, sobre todo al hilo del empleo de la expresión “sustancia económica”. Seguidamente trataremos de solventar el escollo que supone la falta de distinción del plano fáctico y el plano de calificación e interpretación normativa en este ámbito.

En el marco de las indicaciones acerca de la determinación de los hechos -el descubrimiento de la conducta de las partes-, las TPG hacen referencia al concepto de “sustancia económica” en distintos contextos. BULLEN pone de manifiesto el doble sentido de la expresión basándose en el análisis de la regulación estadounidense sobre precios de transferencia⁵⁴², que sirvió como referencia para su elaboración. Uno de los inconvenientes que genera la reproducción acrítica de pautas reside en que los errores de concepto de las *Regulations* se trasladan a las TPG, como sucede por ejemplo en la distinción que la jurisprudencia de este país lleva a cabo entre *economic sham* y *factual sham*⁵⁴³ como supuestas modalidades de simulación. Los tribunales describen el “*economic sham*” o “*sham in substance*” como “simplemente una calificación errónea

compra de acciones. XX dotó en consecuencia una provisión por depreciación de cartera de su participación en esta entidad por valor de más de 51 millones de euros. La administración determinó que ninguna empresa independiente hubiera llevado a cabo aquella inversión y -en consonancia con la doctrina establecida en BICC- calificó la operación de “intrínsecamente asombrosa”, lo que a juicio del TEAC legitima a la administración para desconocer la transacción y en consecuencia denegar la deducibilidad de la provisión. Vid. Res. TEAC 8 enero 2015 (2015, Tribunal Económico Administrativo Central, España).

⁵⁴² BULLEN (2010), p.149. Treas. Regs. 1.482-1(d)(3)(ii)(B)(1).

⁵⁴³ Hemos preferido mantener los términos anglosajones en su dicción original y no traducirlos como “simulación en los hechos” y “simulación económica” para que el lector no equipare “sham” a “simulación”, ante todo porque ambas expresiones tienen significados –si bien próximos- no coincidentes, como veremos a continuación.

de lo sucedido”⁵⁴⁴ mientras que el “*factual sham*” se describe como “aquellas situaciones en que el contribuyente no establece la relación jurídica que pretendía crear”⁵⁴⁵.

En puridad, el *economic sham*, entendido como engaño sobre la sustancia económica de la operación⁵⁴⁶, nace sin contenido propio⁵⁴⁷, ya que los criterios de sustancia económica o sustancia sobre la forma –empleados por la doctrina general antielusión elaborada por los tribunales– sirven para combatir el mismo tipo de situaciones⁵⁴⁸. De hecho, cierta doctrina afirma que el recurso a la *sham transaction doctrine* sirve únicamente para obviar la realización de un análisis detallado de la operación, ya que en muchos casos ha bastado con nombrar el término para determinar su existencia⁵⁴⁹, junto con la consecuente modificación en el tratamiento tributario de la operación.

Esta concepción de engaño económico se contrapone al *factual sham* o simulación tal y como se entendería en una jurisdicción de corte civilista. Ahora bien, la complejidad en el tratamiento de los supuestos de *economic sham* y su preponderancia en los tribunales relega a un plano inferior, incluso residual, el análisis de los casos de *factual sham*. Esta realidad, unida al hecho de que el resultado de aplicación de una u otra doctrina es idéntico, justificarían que en Estados Unidos los tribunales no consideren relevante distinguir entre ambas figuras⁵⁵⁰.

Una vez fijados los términos de la discusión, podemos retornar a la dicción de las TPG, donde se enuncia: “en relación con las cláusulas contractuales, es posible entrar a considerar si una pretendida atribución de riesgos resulta o no coherente con la

⁵⁴⁴ *Yosha v. Commissioner*, 861 F.2d 494 (7th Cir.1988) (1988, Tribunal de apelaciones, séptimo circuito, Estados Unidos).

⁵⁴⁵ *Glass v. Commissioner*, 87 T.C. 1087 (1986) (Tribunal Fiscal, Estados Unidos).

⁵⁴⁶ El antecedente más significativo se remonta a la pionera *Gregory v. Helvering*, 293 U.S. 465 (1935) (Tribunal Supremo, Estados Unidos), en que el tribunal entiende que la operación es enrevesada, una transmisión disfrazada, poniendo acento por tanto en ese elemento de engaño y ocultación que caracteriza a la simulación o *sham*. El juez Hand considera que no existe un propósito negocial y que la forma difiere de la sustancia.

⁵⁴⁷ FULLER, J. (1963), p.366.

⁵⁴⁸ GARLOCK, D. (2002), p.83 “una operación será considerada como simulada y por tanto no surtirá efectos fiscales si carece de propósito negocial y sustancia económica”.

⁵⁴⁹ MOORE, K. (1989), p.660, 679.

⁵⁵⁰ Sin embargo, incluso en el contexto estadounidense, cierta doctrina se hace eco de la necesidad de establecer una diferenciación, vid. *inter alia* HARITON (1999), p.258.

sustancia económica de la operación”⁵⁵¹ (la cursiva es nuestra). En este caso, el término “sustancia económica” viene referido a la conducta de las partes como la mejor evidencia de la correcta atribución de los riesgos en un caso dado⁵⁵². Aquí el significado que el contexto otorga a esta expresión va referido al engaño en los hechos, ya que el aplicador del derecho debe ir más allá de lo expresado por las partes en la documentación pertinente para conocer los elementos del negocio que pudieran encontrarse ocultos tras la apariencia que las partes han creado.

Este concepto de sustancia económica difiere del empleado en el siguiente párrafo, que expresa: “un factor adicional que hay que considerar a la hora de examinar la *sustancia económica* de la pretendida atribución de riesgos es la consecuencia que tendría dicha atribución en operaciones basadas en el principio de plena competencia”⁵⁵³ (la cursiva es nuestra). En esta ocasión, el significado se aproxima al concepto de *economic sham* como parámetro que prima las consecuencias económicas de la operación sobre la forma escogida por las partes⁵⁵⁴. Según este apartado, es necesario concretar qué harían partes independientes en condiciones idénticas o similares, criterio que ya hemos tenido ocasión de criticar más arriba por ser contrario al descubrimiento de los hechos -y no su modificación- como primer paso esencial del análisis de comparabilidad⁵⁵⁵.

A modo de cierre, analizaremos el problema desde la perspectiva del ordenamiento australiano, un buen referente para comprobar las consecuencias derivadas de la confusión existente en torno al empleo del criterio de sustancia económica. La norma de determinación de los hechos australiana⁵⁵⁶ indica que la identificación de comparables

⁵⁵¹ TPG par.1.48, par.9.166.

⁵⁵² En el mismo sentido emplean las TPG el término *economic substance* en los par.9.34, 9.165, 9.192. También en el Manual de la ONU se menciona este término como equiparable a exigir la correcta determinación de los hechos, vid. UN-PMTP13, par.5.3.2.24. En TPG par.1.67 se alude a la “realidad que subyace al acuerdo contractual”, criterio que expresa la misma idea.

⁵⁵³ TPG par.1.49.

⁵⁵⁴ La misma reflexión sería extrapolable en el supuesto del TPG par.1.65, donde se establecen las circunstancias en las que “excepcionalmente, puede resultar apropiado y legítimo que la administración tributaria ignore la estructura planteada por el contribuyente para la realización de la operación vinculada”, siendo la primera que la sustancia económica de la operación difiera de su forma. Este supuesto será objeto de estudio en detalle *infra*, apartado 4.1.1.1. También emplean este significado de la expresión *economic substance* los par.9.22, 9.37, 9.60, 9.169, 9.183, 9.189, 9.194.

⁵⁵⁵ Vid. *supra* apartado 3.1.1.

⁵⁵⁶ Sec.815-830 (1) ITAA 1997.

debe basarse en las relaciones comerciales o financieras entre las partes atendiendo a su forma y sustancia, aunque si ambas no coinciden ésta prevalecerá⁵⁵⁷.

Para definir el término “sustancia”, la norma australiana hace referencia a la conducta de las partes, además de a su realidad económica y al contexto económico y social⁵⁵⁸, pero indicando que la estructura de la operación, su calificación y apariencia no son decisivas en la identificación de “condiciones *arm’s length*”⁵⁵⁹. Esta formulación es muy imprecisa y parece caer en el mismo error que las TPG al confundir la determinación de los hechos como primera etapa del análisis de comparabilidad, con su contraste respecto a las condiciones que habrían pactado partes independientes *at arm’s length*⁵⁶⁰.

La interpretación de la administración australiana al respecto no contribuye a resolver el problema; más bien incurre en el mismo error, pues identifica el concepto con la “*sustancia económica* o comercial, o realidad económica o esencia de las relaciones” (la cursiva es nuestra)⁵⁶¹. En este texto se hace referencia a distintas realidades sin ningún tipo de criterio en su enunciación. Así por ejemplo se comienza tomando en consideración la calificación de la operación por las partes, la asunción de riesgos o el respeto de los términos contractuales⁵⁶², para a continuación adoptar el “verdadero efecto económico” como criterio de referencia frente a la forma de la operación⁵⁶³. Se apunta que los hechos y circunstancias se determinan atendiendo al contexto económico y comercial, objeto y efecto de la operación, conducta de las partes y funciones, activos y riesgos asumidos. Se completa la definición mencionando además que la existencia de sustancia implica que las relaciones comerciales o financieras deberían suponer un cambio en términos de beneficio económico para las partes –afectar a su posición

⁵⁵⁷ Sec.815-830 (2) ITAA 1997.

⁵⁵⁸ Esta postura encaja en las pautas marcadas por la OCDE en *OECD 2014 BEPS Actions 8, 9 and 10. Draft on revisions to chapter I of the Transfer Pricing Guidelines (including risk, recharacterisation, and special measures)*, par.9 et seq. Vid. así mismo par.67 Ruling TR 2014/D3 donde se corrobora esta idea. Vid. JOSEPH (2015), p.108.

⁵⁵⁹ Ruling TR 2014/D3 par.26.

⁵⁶⁰ Vid. TPG par.1.52.

⁵⁶¹ Ruling TR 2014/D3 par.74.

⁵⁶² Ruling TR 2014/D3 par.76.

⁵⁶³ Ruling TR 2014/D3 par.77.

económica neta- y producir efectos proporcionales respecto a los riesgos asumidos y a la recompensa esperada⁵⁶⁴.

Si bien se ofrecen más indicadores sobre la existencia o no de sustancia⁵⁶⁵, no resulta necesario profundizar en su contenido, pues entendemos que el lector ya ha podido percibir un ejemplo de las consecuencias que acarrea la falta de consistencia en la separación entre la fase de determinación de los hechos y la consideración sobre si la realización de ajustes transaccionales -de acuerdo con el *arm's length principle*- es apropiada. Cabe realizar un último apunte al respecto del referido problema y es que en las modificaciones propuestas por el borrador de 2014 y el informe final de 2015 sobre precios de transferencia del proyecto BEPS, se elimina toda referencia al concepto de sustancia económica. Tal modificación resulta muy positiva, puesto que elimina de raíz los problemas a que se ha hecho referencia a lo largo del apartado. Con todo, entendemos que su análisis en el presente trabajo es pertinente, pues la confusión de conceptos se puede plantear –y de hecho se plantea- en ordenamientos internos de Estados que no modifiquen sus pautas para suprimir, como la OCDE pretende, la mención a este término.

⁵⁶⁴ Ruling TR 2014/D3 par.80.

⁵⁶⁵ Ruling TR 2014/D3 par.83 et seq.

CAPÍTULO 4. DEFINICIÓN DE LOS LÍMITES AL ALCANCE Y APLICACIÓN DE LOS AJUSTES TRANSACCIONALES.

En el presente apartado analizaremos el ámbito de aplicación de los ajustes transaccionales propuesto por las TPG basado en la concurrencia de una de las siguientes circunstancias: (1) que la sustancia económica de la operación difiere de su forma; (2) que coincidiendo la forma y el fondo de la operación, los acuerdos relativos a la misma, valorados globalmente, difieren de los que habrían suscrito empresas independientes que actuaran de modo racional desde un punto de vista comercial, y su estructura real impide en la práctica que la administración tributaria determine el precio de transferencia apropiado⁵⁶⁶.

Según trataremos de demostrar, esta distinción carece de repercusión práctica por referirse ambas premisas a una misma realidad, la imposibilidad de acometer correctamente el análisis de comparabilidad. Una vez constatado este verdadero punto de partida, trazaremos los límites de este concepto, en especial por referencia a la realización de ajustes de comparabilidad, la posibilidad de emplear el método de la distribución del resultado y el empleo de métodos no convencionales. Solamente cuando se constate la imposibilidad de adoptar estas vías, la realización de ajustes transaccionales estará justificada desde la óptica del *arm's length principle*.

En una segunda parte, analizaremos la consecuencia prevista por las TPG y constataremos su inutilidad para abordar los problemas que surgen al hilo de concretar alternativas sobre las que basar el ajuste de las condiciones de la operación. Una vez descartadas tales pautas, propondremos una serie de criterios para que la efectiva implantación de ajustes transaccionales se realice en consonancia con el principio de plena competencia. Así conformaremos un modelo completo trasladable a cualquier ordenamiento que integre el *arm's length principle* en su normativa interna.

⁵⁶⁶ TPG par.1.65.

4.1. La definición del ámbito de aplicación de los ajustes transaccionales.

4.1.1. *Ámbito de aplicación en las TPG.*

4.1.1.1. Primera circunstancia: sustancia sobre la forma.

La primera situación descrita en las TPG en que sería legítimo y apropiado practicar un ajuste transaccional sucede cuando la sustancia económica de la operación difiere de su forma. Desde un inicio se puede percibir la amplitud de la fórmula escogida, puesto que los términos “sustancia” y “forma” adolecen de falta de concreción. A ello se añade que a priori no parece que este parámetro -normalmente asociado a doctrinas generales antielusión- case con el *arm's length standard* y la mecánica del análisis de comparabilidad⁵⁶⁷. A continuación dotaremos de contenido concreto a este criterio para paliar su deficiente construcción en las *Guidelines*⁵⁶⁸, donde se entremezclan el plano de la determinación de los hechos, la conformación jurídica de la operación y su análisis económico. No obstante, antes de comenzar resulta necesario advertir que este concepto de “sustancia sobre forma” es distinto al citado en el apartado 1.3, referido a la “sustancia económica” de la operación. La diferencia entre ambos radica en que el primero es un criterio que la OCDE establece para definir el ámbito de aplicación de los ajustes transaccionales -a nuestro parecer, de manera equivocada, tal y como sostendremos a continuación- y el segundo se refiere, según hemos podido comprobar, a la correcta definición de los hechos y la correcta calificación de la operación.

La “forma” de la operación designa en principio su estructura jurídica. Al respecto de la definición de su contenido, en el estadio de análisis en que nos encontramos, las posibles dudas acerca de la delimitación de la transacción que partes vinculadas efectivamente han llevado a cabo -problemas relacionados con la definición de los hechos, tales como la discordancia entre la conducta de las partes respecto de los términos contractuales o la posible existencia de simulación- no se plantean o han quedado resueltas. Por tanto, la referencia a todo aquel aspecto que implique la

⁵⁶⁷ BULLEN (2011), p.433. Contra ERASMUS-KOEN (2009), p.106, 111.

⁵⁶⁸ Contra KOOMEN (2015b), p.236-237 afirma que “las pautas sobre el concepto de sustancia económica en las TPG son más explícitas que las referidas al concepto de racionalidad comercial”, aunque no expone argumentos que sustenten tal afirmación.

determinación de la operación entre partes vinculadas es prescindible porque ya ha sido concretada en etapas anteriores⁵⁶⁹.

No obstante, surgen de nuevo dificultades desde el momento en que las TPG enuncian el concepto “sustancia” como concepto que abarca los hechos y circunstancias del caso, como por ejemplo (1) el proceder de las partes, incluyendo el análisis de funciones, activos y riesgos; (2) el objeto del acuerdo; (3) el contexto económico y comercial de la operación y (4) los efectos que provoca la operación desde el punto de vista práctico y del negocio⁵⁷⁰. El excesivo énfasis en el proceder de las partes y el objeto del acuerdo como factores que componen la sustancia económica de la operación induce a confusión en tanto son elementos que ya han sido determinados en estadios anteriores⁵⁷¹, precisamente para determinar la “forma” de la operación. El verdadero problema reside en que, según la definición de “sustancia” ofrecida en las TPG, no es posible determinar qué elementos han de prevalecer a la hora de definir este elemento, por lo que ambos términos se solapan y provocan que su distinción sea difusa.

La normativa australiana refleja el estado de confusión descrito, al adoptar criterios muy similares a los planteados en las TPG para definir el presupuesto de hecho de los ajustes transaccionales en su derecho interno. En este sentido, la pauta marcada por la administración respecto al tratamiento del problema consiste en describir la inconsistencia entre sustancia y forma como una cuestión de hecho⁵⁷², lo que provoca un desorden de conceptos entre dos etapas que deben diferenciarse claramente, como son la determinación de los hechos de la operación –fase ya superada a estas alturas del análisis- y la definición del presupuesto de hecho de los ajustes transaccionales.

⁵⁶⁹ Cfr. LIAUGMINAITE (2010), p.123, que entiende que “el factor decisivo cuando se desconoce una operación es la identificación de las circunstancias según las cuales la forma difiere de la sustancia, i.e. la operación contiene un elemento de artificialidad (simulación), i.e. es abusivo” (sic). Cfr. MONSENEGO (2014), p.10 y KOOMEN (2015b) p.237, que parecen confundir el plano de la determinación de los hechos y el del ámbito de aplicación del ajuste transaccional cuando afirman que el principio de sustancia sobre la forma implica que los contratos no surtirán siempre efectos frente a la administración tributaria.

⁵⁷⁰ TPG par.9.170.

⁵⁷¹ Todos estos aspectos dan lugar a la definición de los hechos relevantes de la operación que deben ser fijados como paso previo a la consideración de la aplicabilidad de las excepciones al respeto de la operación entre partes vinculadas. Vid. *supra* apartado 3.1.1.

⁵⁷² Ruling TR 2014/D3, par.30.

En otro orden de cosas, la referencia al “contexto económico y comercial de la operación” y a “los efectos que provoca la operación desde el punto de vista práctico y del negocio” parece indicar a primera vista un acercamiento del criterio a la concepción antielusión que normalmente se maneja de la expresión “sustancia sobre forma”⁵⁷³. Tal aproximación no es apropiada en el ámbito de los ajustes transaccionales al menos por tres motivos⁵⁷⁴.

Primero, la amplitud en su formulación no concuerda con la nota de excepcionalidad que caracteriza a este tipo de prácticas. Se pueden lograr efectos económicos idénticos mediante distintas vías jurídicas a las que el derecho tributario anudará la carga fiscal prevista en la norma. La realización de ajustes sobre las condiciones de la operación basadas en consideraciones meramente subjetivas por parte de la administración sobre la adopción de una vía distinta para lograr el mismo resultado económico no es admisible desde esta perspectiva.

Segundo, la identificación del criterio con doctrinas antielusión puede llegar a vulnerar los límites que establece el *arm's length principle*, de modo que una aproximación desde esta óptica conduce a resultados insatisfactorios⁵⁷⁵. Si se opta por el desconocimiento de la operación sin atender a comparables entre partes independientes como criterio de referencia, se habrá desvirtuado la aplicación lógica de la normativa sobre precios de transferencia a favor de una suerte de norma antielusión general sectorial, práctica que a todas luces no parece conforme con la intención de las TPG ni con la propia construcción de una norma de operaciones vinculadas. El pretendido carácter de consenso y unificación de criterios atribuido a las TPG se vería superado de esta forma por una aplicación dispersa y asíncrona del criterio, dadas las disparidades existentes entre los Ordenamientos de los diferentes Estados respecto de tal pauta.

La normativa canadiense por ejemplo se refiere a la ausencia de buena fe en la búsqueda de propósitos distintos del ahorro fiscal como requisito para la modificación de las

⁵⁷³ TPG par.9.170.

⁵⁷⁴ Contra BAKKER; COTTANI (2008), p.281; BAKKER; COTTANI (2009), p.83. Vid. así mismo literatura citada en BULLEN (2011), p.433-434.

⁵⁷⁵ En este sentido, vid. DALI-ALI; LANGLOIS (2008), p.544. Los autores indican que “es necesario llevar a cabo una distinción clara entre los conceptos de ‘falta de sustancia económica’ empleado en las TPG y el concepto de operaciones cuyo fin primordial es minimizar el pago de impuestos, un elemento intrínseco de la normativa antielusión”. En el mismo sentido, MONSENEGO (2014), p.10.

condiciones de la operación. El empleo de este criterio, además de adolecer de desarrollo sobre su alcance o finalidad⁵⁷⁶, parece innecesario, ya que es difícil imaginar supuestos en que se pretendan lograr efectos distintos del ahorro fiscal mediando mala fe. Cierta doctrina incluso identifica el elemento de buena fe con la existencia de un propósito distinto al fiscal⁵⁷⁷, interpretación que conduciría a una total equivalencia de los dos requisitos, ausencia de buena fe y ausencia de propósitos distintos al ahorro impositivo. Con todo, estos parámetros resultan extraños al conjunto de conceptos del análisis de comparabilidad y por ende al principio de plena competencia en sí, sobre todo porque la existencia de motivos distintos al del ahorro fiscal desde una perspectiva de grupo son irrelevantes para la correcta aplicación del criterio *at arm's length*⁵⁷⁸.

También a modo de ejemplo cabe citar un caso resuelto por la Corte de primera instancia de Breda, referido a la transmisión de una marca propiedad de una entidad residente en Holanda a su filial en las Antillas holandesas a cambio de una licencia para su uso y el correspondiente pago de un canon. El tribunal se centró en analizar si existían motivos comerciales que justificasen la operación⁵⁷⁹, por lo que su error residió en exigir el análisis y prueba de cuestiones extrañas a la aplicación principio de plena competencia; dado que el contribuyente no tuvo éxito al tratar de probar que la razón de esta transferencia residía en una mejor protección del intangible debido a la normativa de propiedad industrial de la jurisdicción de destino, el tribunal consideró improcedente la deducción del pago de los cánones sobre la base de la normativa de precios de transferencia aplicada como si de una norma antiabuso se tratase. El ejemplo sirve para resaltar la importancia de la distinción entre la constatación de elementos que den lugar a considerar una operación como abusiva respecto de un examen sobre la idoneidad de esta operación en relación a un comparable suficientemente próximo acometido entre partes independientes.

⁵⁷⁶ FRANCESCUCCHI; TEPE (2006), p.311, si bien el elemento de buena fe ha recibido desarrollo en el ámbito de la normativa antiabuso de carácter general.

⁵⁷⁷ GOGUEN; STEWART (2012), p.172.

⁵⁷⁸ Las TPG, en el par.9.181 cometen el error de indicar que “la presencia de un motivo fiscal no indica *por sí mismo* que la operación es contraria al criterio *at arm's length*” (la cursiva es nuestra). La motivación fiscal de un acuerdo entre partes vinculadas es un factor totalmente ajeno a la hora de centrar el análisis de comparabilidad o la necesidad de practicar ajustes transaccionales, de modo que la expresión “por sí mismo” debería sustituirse por la expresión “en ningún caso”.

⁵⁷⁹ *Rechtbank Breda*, 26 marzo 2007 (2007, Tribunal de primera instancia de Breda, Holanda), citado en JIE-A-JOEN; GEEVERS (2008), p.5. OOSTERHOFF (2009), p.197; KOOMEN (2015a), p.151.

Tercero, ya hemos comprobado que la aplicación de reglas que permiten la recalificación de la renta es compatible con la aplicación de normas basadas en el *arm's length principle*. Las propias TPG indican que la aplicación de medidas antielusión en contextos convencionales no entra dentro del ámbito que pretende abarcar⁵⁸⁰, de modo que se asume implícitamente que el criterio de sustancia sobre la forma no puede coincidir en sus premisas con las que conforman las normas de lucha contra el abuso. En última instancia, aun si se admite un significado acorde con esta perspectiva, el solapamiento con la normativa antielusión sería evidente, hasta el punto de convertir la expresión de “sustancia sobre la forma” en pura reiteración totalmente prescindible⁵⁸¹.

Una vez descartada tal aproximación, cabe señalar que su correcta interpretación se ha de basar inexorablemente en el *arm's length principle* y la lógica del análisis de comparabilidad. Así, la disociación entre la sustancia y la forma se dará siempre que las condiciones de la operación acordada entre partes vinculadas difieran de aquellas que habrían acordado partes independientes⁵⁸². En línea con la idea expuesta, las TPG determinan que la modificación de las condiciones acordadas entre partes vinculadas en aquellos supuestos en que la sustancia no coincida con la forma se debe realizar tomando como referencia la operativa resultante de las operaciones entre partes independientes⁵⁸³, con lo que indirectamente se define el verdadero significado de la expresión: si la estructura de la operación hubiese sido adoptada entre partes independientes, la consecuencia prevista no resultaría de aplicación por coincidir ambos planos.

Por último, conviene abordar el problema que se genera respecto del tratamiento de supuestos en que varias operaciones acometidas entre sujetos vinculados se suceden

⁵⁸⁰ Vid. TPG par.1.2, 9.8, 9.181. BULLEN (2011), p.382.

⁵⁸¹ MARTIN JIMENEZ (2010), p.54 utiliza un argumento similar en el contexto de la interpretación de la cláusula de beneficiario efectivo para criticar el aura de norma antielusión con que se dota en ocasiones a esta expresión, lo que evidencia un solapamiento innecesario con la aplicación de otras normas que persiguen precisamente este objetivo.

⁵⁸² BULLEN (2011), p.445 califica esta opción interpretativa como la única correcta. En el mismo sentido, DURST (2012c), p.962. WRIGHT (2007), p.527 expresa dudas sobre la relevancia del análisis de propósitos comerciales en un supuesto sobre precios de transferencia y el *arm's length principle*.

⁵⁸³ TPG par.1.66, 9.185. En el par.8.29, en el capítulo relativo a acuerdos de reparto de costes, al hilo de un pacto en que el participante que ejerce la mayor parte de la actividad pero recibe una participación en beneficios escasa, se indica que “la administración tributaria puede determinar que las consecuencias fiscales sean las que hubieran resultado en el caso de que el acuerdo se hubiera celebrado entre empresas independientes, conforme a las pautas contenidas en los párrafos 1.64 a 1.69” para reequilibrar situaciones descompensadas.

para lograr un resultado elusivo. Nos referimos a transacciones que son contrarrestadas con técnicas como la *step transactions doctrine* americana⁵⁸⁴ o el enfoque holístico que plantea la jurisprudencia española⁵⁸⁵, basadas en una consideración global a partir de un agregado de operaciones para comprender el sentido de una estructura negocial en su conjunto y determinar si responde a parámetros puramente fiscales o si existen otras consecuencias económicas relevantes a efectos de aplicar la norma antielusión correspondiente. En el marco del principio de plena competencia, ante un conjunto de operaciones, bastará con que una sola sea contraria al criterio *at arm's length* para considerar el conjunto como no acorde a este principio y viceversa; si cada una de las operaciones que se ha efectuado es acorde al mismo, el conjunto necesariamente lo será también, a diferencia de lo que sucede en el ámbito de la doctrina general antielusión.

Las TPG indican en relación a este problema que será necesario aplicar el mandato *at arm's length* operación por operación, aunque se advierte que pueden existir situaciones en que éstas guardan una relación tan estrecha que el hecho de valorarlas en conjunto arrojaría un resultado más fiable que su valoración por separado⁵⁸⁶. Así sucede por ejemplo con las denominadas operaciones complejas (*bundled packages*) en que en una misma operación se alcanzan acuerdos que integran distintos elementos, como sucede por ejemplo en contratos relativos a prestación de servicios en que se cede el uso de una marca y la retribución se calcula de acuerdo a un monto que engloba ambos conceptos. En tal caso una aproximación que tenga en cuenta el conjunto de la operación es correcta⁵⁸⁷, aunque para otros propósitos puede resultar deseable trazar una distinción entre los distintos conceptos que integran la operación, como puede ser la correcta aplicación de un CDI.

Con todo, si bien en el plano de la correcta realización del análisis de comparabilidad este planteamiento puede tener sentido, no sucede así en el referido a los ajustes transaccionales debido a su carácter excepcional. Esto es, si en un supuesto concreto, el análisis del conjunto impide llevar a cabo un análisis de comparabilidad adecuado, se

⁵⁸⁴ Vid. ZOLLO (2011), p.772. JELLUM (2014), p.601 et seq.

⁵⁸⁵ SAN 7 febrero 2013, caso *IFF Latin American Holdings España* (2013, Audiencia Nacional, España), FJ 8º. SAN 20 marzo 2014, caso *Conservas y frigoríficos del Morrazo* (2014, Audiencia Nacional, España), FJ 4º. SAN 12 mayo 2014, caso *WPP Marketing Communications Spain* (2014, Audiencia Nacional, España), FJ 8º.

⁵⁸⁶ TPG par.3.9. Vid HORNER (1996), p.581-582. HENSHALL (2013a), m.no.2.40.

⁵⁸⁷ KOFLER (2015), m.no.62.

deberá optar por el análisis separado de las operaciones antes de considerar si se dan las condiciones para realizar ajustes sobre las condiciones de la operación. Por tanto, la ausencia de comparabilidad en un supuesto en que el análisis se realice sobre un conjunto de operaciones no puede dar lugar por sí sólo a la modificación de las condiciones de la operación, sino que será necesario constatar la ausencia de comparabilidad también en un análisis operación por operación⁵⁸⁸. El ejemplo de la adquisición de participaciones intra-grupo con financiación de grupo ilustra esta idea, pues a pesar de que esta estructura es susceptible de ser reprochable desde la perspectiva de la aplicación de la normativa antiabuso, si cada operación efectuada se ha valorado correctamente a mercado, la normativa sobre precios de transferencia no debería servir de base para realizar ulteriores ajustes⁵⁸⁹.

Las propias TPG señalan que el principio de plena competencia obliga a considerar a los miembros de un grupo multinacional como entidades independientes, en lugar de como partes indivisibles de una sola entidad unificada; por lo que, en consecuencia basta con que el acuerdo se considere de plena competencia a nivel de cada operación particular para respetar el *arm's length principle*⁵⁹⁰. Esta es la razón por la que en ciertos casos, a pesar de que el resultado de un conjunto de operaciones pueda ser reputado abusivo, no tiene porqué darse al mismo tiempo una vulneración del principio de plena competencia.

Una vez centrados y resueltos los puntos relevantes de la discusión, no cabe sino concluir que la excepción “sustancia/forma” se ha construido sobre un conjunto de conceptos difusos y contradictorios que complican sobremanera su estudio. Tras el análisis del segundo supuesto en que las TPG consideran apropiado realizar ajustes transaccionales veremos cómo la distinción entre ambos carece de lógica ya que se puede reconducir a un único presupuesto.

⁵⁸⁸ Contra Treas. Regs.1.482-4(d)(2). COLE (2014), 2-17 y LEVEY (2006), 7-33 indican con razón que las *Regulations* en este punto contravienen sentencias en que se adopta el criterio propuesto, e.g. en *Bausch & Lomb, Inc. v. Commissioner*, 933 F.2d 1084 (2nd Cir. 1991) (Tribunal de apelaciones, segundo circuito, Estados Unidos).

⁵⁸⁹ Contra SAN 21 mayo 2009, caso BICC (2009, Audiencia Nacional, España). STS 18 julio 2012, caso BICC (2012, Tribunal Supremo, España). Res. TEAC 5 noviembre 2015 (2015, Tribunal Económico Administrativo Central, España).

⁵⁹⁰ TPG par.1.6, 9.63, 9.178. Cfr. CAUWENBERGH (1997), p.142-143. Contra, TPG par.9.177, refiriéndose a operaciones de *sale and lease back* o *sale and license back* y *OECD 2015 Aligning Transfer Pricing Outcomes with Value Creation, Actions 8-10 – 2015 Final Reports*, par.1.122.

4.1.1.2 Segunda circunstancia: racionalidad comercial y ausencia de comparables.

El segundo supuesto en que las TPG entienden apropiada la realización de ajustes transaccionales se da cuando coinciden forma y sustancia pero los acuerdos, valorados globalmente, difieren de los que habrían suscrito empresas independientes que actuaran de modo racional desde un punto de vista comercial y su estructura real impide en la práctica que la administración tributaria determine el precio de transferencia apropiado⁵⁹¹.

En la configuración de esta disposición pueden distinguirse dos factores que de entrada delimitan su ámbito de aplicación. Por un lado, la forma y la sustancia de la operación deben coincidir. En principio, cabe inferir que este supuesto y el de sustancia sobre la forma son alternativos, totalmente independientes entre sí; la literalidad del precepto es categórica en este sentido. Sin embargo, al analizar la condición restante, comprobaremos cómo ambos supuestos coinciden completamente.

Por otro lado, la operación según ha sido estructurada por las partes vinculadas -esto es, la operación que efectivamente se ha acometido- no ha de encontrar comparables entre partes independientes, puesto que la excepción sólo será aplicable si es imposible para la administración tributaria determinar un precio de transferencia apropiado y no respeta la “lógica comercial” de la operativa de partes independientes en una situación similar. Si anudamos a esta reflexión el hecho de que la expresión “sustancia sobre la forma”, en el contexto del *arm's length principle* implica la imposibilidad de realizar el análisis de comparabilidad –según hemos concluido en el apartado anterior-, el resultado es un total solapamiento de ambas alternativas.

Aunque este punto de partida puede parecer evidente, no lo es tanto si examinamos la descripción que cierta doctrina propone para intentar delimitar el sentido de la expresión “lógica comercial”, referida no a la actuación de empresas independientes sino al

⁵⁹¹ TPG par.1.65. La OCDE parte del concepto de racionalidad comercial al elaborar nuevas pautas en el marco del Plan BEPS. Vid. *OECD 2014 BEPS Actions 8, 9 and 10. Draft on revisions to chapter I of the Transfer Pricing Guidelines (including risk, recharacterisation, and special measures)*, par.88.

empleo de expresiones que evocan subjetividad. Así, se ha identificado la lógica comercial con el hecho de que una operación no tenga sentido “desde un punto de vista empresarial” o “económico”, que sea “manifiestamente contraria a los intereses del contribuyente”, que “no tenga una motivación primordialmente empresarial o que sea de alguna manera artificial desde un punto de vista empresarial”, o que “no se efectúe con un propósito o necesidad negocial”, entre otros⁵⁹². BULLEN critica tales intentos de definición por considerarlos reformulaciones en lugar de definiciones⁵⁹³, aunque a nuestro parecer la crítica debería ir un paso más allá para considerarlas directamente incorrectas, en tanto la operación efectuada entre partes vinculadas puede tener perfecto sentido desde un punto de vista empresarial o económico y sin embargo carecer de “lógica comercial” en los términos empleados en las TPG, debido a la imposibilidad de constatar que partes independientes hubiesen optado por adoptar tal estructura negocial.

En consecuencia, tanto el criterio de sustancia forma como el segundo criterio enunciado en el TPG10 §1.65 parten del mismo presupuesto -la imposibilidad de llevar a cabo el análisis de comparabilidad- y además comparten idéntica consecuencia, referida al ajuste de las condiciones de la operación para reflejar aquellas que partes independientes acordarían⁵⁹⁴. Este planteamiento evidencia que carece de sentido mantener una división entre ambas. En realidad, de la distinción no se deriva ningún efecto relevante, ya que la consecuencia jurídica en cualquier caso -siempre que nos encontremos ante una operación entre partes vinculadas que partes independientes no efectuarían- es la redefinición de sus términos para que refleje aquello que partes independientes habrían acordado⁵⁹⁵. Si se puede acometer un análisis de comparabilidad mínimamente fundado, la realización de ajustes transaccionales nunca encontrará justificación.

Con todo, la razón más probable que condujo a la OCDE a sostener esta distinción reside en la similitud que las TPG guardan con la normativa estadounidense sobre la materia. En el apartado relativo a la historia del ajuste transaccional, hemos tenido ocasión de estudiar la manera en que los tribunales de este país descartan la realización

⁵⁹² Estas expresiones se encuentran citadas en BULLEN (2011), p.540 con las referencias a los autores que las enuncian.

⁵⁹³ BULLEN (2011), p.541.

⁵⁹⁴ TPG par.1.66, 9.184, 9.185.

⁵⁹⁵ Vid. TPG par.9.187.

de ajustes transaccionales en el ámbito de operaciones vinculadas, salvo que la doctrina de sustancia sobre la forma –de creación jurisprudencial - resulte aplicable. Con todo, en las *Regulations* todavía persiste una disposición –inaplicable debido precisamente a los límites planteados por los tribunales- que indica que el director de distrito puede tomar en consideración alternativas a la transacción acordada entre sujetos relacionados⁵⁹⁶, a pesar de que la línea doctrinal descrita impide su efectiva aplicación. Al igual que acontece con el desorden existente entre los conceptos de *economic sham* y *factual sham* -ya abordada- el traslado automático de una distinción artificial generada por la pretensión de la administración estadounidense de plantear alternativas más allá de los límites que impone la jurisprudencia provoca de nuevo confusión en el ámbito de las *Guidelines*.

Ciertos autores identifican además otro elemento de conexión con el ámbito de la normativa de Estados Unidos sobre precios de transferencia⁵⁹⁷, al sostener que el criterio de racionalidad comercial se introdujo en las TPG para dar legitimidad a la norma de ajustes ex post sobre valoración de intangibles del país americano, conocida como *Commensurate With Income Standard*⁵⁹⁸. De hecho, el ejemplo empleado en las TPG para ilustrar la segunda excepción coincide con el tipo de estructura que esta regla pretende acotar⁵⁹⁹. Más aún, en los trabajos de elaboración de las *Guidelines*, se acordó antes el ejemplo que ilustra el criterio de racionalidad comercial que la configuración del criterio en sí, lo cual constituye otro argumento que refuerza la tesis de la fuerte influencia del país americano en el contenido de este texto⁶⁰⁰.

⁵⁹⁶ Treas. Reg. par. 1.482-1(f)(2)(ii)(A). Vid. QUEK (2011), p.313.

⁵⁹⁷ WITTENDORFF (2009), p.117; BULLEN (2011), p.514 con citas bibliográficas abundantes. KOFLER (2015), m.no.101. KOOMEN (2015b), p.241.

⁵⁹⁸ IRC sec.482, texto original: “In the case of any transfer (or license) of intangible property (within the meaning of section 936(h)(3)(B)), the income with respect to such transfer or license shall be commensurate with the income attributable to the intangible”.

⁵⁹⁹ TPG par.1.65: “[...] Un ejemplo de esta segunda circunstancia podría ser una venta mediante un contrato a largo plazo en el que se realiza un pago único a cambio de un derecho ilimitado sobre la propiedad intelectual que resulte de investigaciones futuras durante la vigencia del contrato (como se indicó anteriormente en el párrafo 1.11). Mientras que en este caso parece oportuno respetar la calificación de la operación como una transmisión de activo comercial, sin embargo sería apropiado que la administración tributaria ajustara las condiciones del contrato en su totalidad (y no únicamente en lo que a la fijación del precio respecta) de acuerdo con las que hubiera sido razonable esperar si la transmisión del activo hubiera constituido el objeto de una operación entre empresas independientes. Así, en el caso descrito, sería apropiado que la administración tributaria ajustara, por ejemplo, las condiciones del acuerdo de manera racional desde un punto de vista comercial, como si se tratara de un acuerdo permanente de investigación”.

⁶⁰⁰ BULLEN (2011), p.514.

Por último, nos referiremos a la discusión sobre si a la hora de valorar la existencia de lógica comercial, es necesario tomar en consideración motivos comerciales relativos a la lógica que mantienen los grupos de empresa frente a una visión centrada en sus miembros individualmente considerados. A nuestro parecer, el análisis *at arm's length* no se centra en el estudio de la perspectiva global sino en cada una de las operaciones que componen la estructura, no responde por tanto al interés del grupo sino al particular de sus miembros por separado como si de partes independientes se tratase⁶⁰¹. La lógica comercial a nivel de grupo es irrelevante a tal efecto⁶⁰². No podemos compartir la línea argumental seguida por ciertos autores, que defienden que el interés del grupo empresarial en conjunto debería jugar cierto papel en la aplicación de la normativa sobre precios de transferencia. Entendemos que al sostener esta idea, se intenta solucionar el distanciamiento del *arm's length principle* respecto de la realidad económica de la operativa de grupos multinacionales, en que sujetos vinculados llevan a cabo cada vez más operaciones que son imposibles de encontrar en el ámbito de las operaciones entre partes independientes⁶⁰³. Sin embargo, tal posición no hace sino rebasar el contenido de la norma⁶⁰⁴, de modo que ha de reputarse incorrecta.

⁶⁰¹ En el mismo sentido, HERKSEN; JIE-A-JOEN; WALLART (2009), p.23; ATKINSON; MORRIS (2009), p.11; BAKKER; COTTANI (2009), p.84. *OECD 2008 Transfer pricing aspects of business restructurings: discussion draft for public comment*, par.61, 211 y 213.

⁶⁰² Vid. TPG par.par.9.63, 9.174, 9.177, 9.178, 9.182. La OCDE es plenamente consciente del matiz, ya que durante las discusiones acerca del ejemplo 1, después incorporado en las TPG par.9.188, 9.189, quedan reflejadas las posturas de los Estados que abogan por admitir la validez de la operación por tener lógica a nivel de grupo, mientras que otro grupo de Estados consideran que no se respeta el *arm's length* si a nivel de entidad no tiene sentido la configuración de la operación. Así, la OCDE opta por esta segunda vía. BELL (2009c), p.299. SPORKEN; BROUWERS; DE LOOZE (2010), p.428. Así mismo, BELL (2009a), p.161 indica que en las reuniones mantenidas entre la OECD y el sector empresarial se criticó con dureza el hecho de que el criterio adoptado se centre en los intereses individuales de las empresas en lugar de consideraciones de grupo, lo cual va en contra de la lógica económica de la existencia de grupos empresariales. Probablemente los autores del capítulo IX TPG, relativo a reestructuraciones empresariales, tomaran en consideración la postura del sector privado al respecto, totalmente contraria a cualquier tipo de ajuste por desconocimiento de la operación. De hecho, SILBERZTEIN manifestó que la OCDE “busca el equilibrar la perspectiva del contribuyente con la de la administración”, BELL (2009b), p.760. En el mismo sentido, BELL (2009a), p.159. Esta postura merece ser criticada por ser la causante de buena parte de las contradicciones en que las TPG incurren al respecto de la delimitación de los ajustes transaccionales. BENNET (directora de la división de Convenios de Doble Imposición y Precios de Transferencia desde agosto de 2005 a septiembre de 2011) en la misma línea afirmó que “el Comité de Asuntos Fiscales ha ordenado al *Centre for Tax Policy and Administration* que mantenga una posición equilibrada para potenciar la seguridad jurídica”, vid. KESSLER (2008), p.518. En el mismo sentido, KRUPSKY (2009), p.37.

⁶⁰³ Vid. *supra* apartado 1.2.3.

⁶⁰⁴ Vid. JIE-A-JOEN; MOERER (2010), p.230, “los autores creen que las opciones realmente disponibles deberían analizarse en el contexto del grupo multinacional [...] que la aplicación del *arm's length principle* al problema de las reestructuraciones empresariales requiere un análisis entidad por entidad no parece congeniar bien con el modo que los grupos multinacionales tienen de tomar decisiones”. En el mismo sentido, ATKINSON; MORRIS (2009), p.11. HERKSEN; JIE-A-JOEN; WALLART (2009), p.25. SCHÖN (2011b), p.782. KOOMEN (2015b), p.231.

En resumen, el punto de referencia a la hora de valorar la existencia de lógica comercial no se basará en un análisis económico sobre la oportunidad o pertinencia de llevar a cabo las operaciones desde un punto de vista de la operativa de grupo, sino desde la perspectiva de partes independientes. En última instancia, las TPG expresan esta idea al afirmar que si las condiciones de una operación son equiparables a las que partes independientes hubiesen acordado se considerará que tal transacción cumple el requisito de lógica o racionalidad comercial⁶⁰⁵. A contrario, si no es posible realizar tal equiparación a través del análisis de comparabilidad, la realización de ajustes transaccionales no sólo quedará justificada sino que será necesaria para dar cumplimiento al mandato de la norma. Por tanto, el planteamiento de un análisis a dos niveles que cierta doctrina ha enunciado para describir el modelo propuesto por las TPG⁶⁰⁶, consistente en analizar primero si la operación hubiese sido adoptada entre partes independientes para después estudiar si una de las dos “excepciones” se da en el supuesto en cuestión, es incorrecto por redundante, ya que una vez constatado el primer requisito, el segundo siempre tendrá lugar.

4.1.2. Propuesta para la definición del ámbito de aplicación: la imposibilidad de acometer el análisis de comparabilidad de manera adecuada.

Frente al planteamiento adoptado por la OCDE, en este apartado proponemos un modelo basado en una única circunstancia, referida a la imposibilidad de llevar a cabo un análisis de comparabilidad adecuado. Para que tal resultado sea conforme al principio de plena competencia, es necesaria la concurrencia de dos requisitos. La inexistencia de comparables suficientemente fiables, incluida la imposibilidad de realizar ajustes de comparabilidad y la imposibilidad de aplicar métodos no basados en comparables pero acordes al principio de plena competencia.

⁶⁰⁵ TPG par.9.172. En consecuencia, no se comprende la afirmación vertida en el par.9.180 donde se especifica que si es posible determinar un precio de transferencia apropiado –atendiendo al análisis de comparabilidad-, es irrelevante que la administración tenga dudas sobre la lógica comercial de la operación. A nuestro entender la existencia de comparables constituye una referencia excluyente de la apreciación de la lógica comercial, de modo que la administración en ningún caso debería dudar de su concurrencia.

⁶⁰⁶ BULLEN (2011), p.418-419.

4.1.2.1. La inexistencia de comparables como punto de partida.

En el apartado anterior hemos constatado que el punto de partida a la hora de configurar un presupuesto de hecho único para la realización de ajustes transaccionales reside en la imposibilidad de efectuar correctamente el análisis de comparabilidad. Si se da esta circunstancia, el esquema habitual planteado por la normativa sobre precios de transferencia se ve superado hasta el punto de resultar inaplicable. Tal consecuencia puede inferirse de la enunciación del *arm's length principle*, ya que si una operación vinculada encuentra un comparable admisible entre partes independientes, únicamente será necesario atender al desfase entre precio, márgenes o reparto del beneficio en atención a los métodos que la normativa del derecho interno de cada Estado prevea y no a la posible modificación de las condiciones de la operación efectuada entre partes vinculadas⁶⁰⁷. Dicho con otras palabras, si la valoración de una operación entre partes vinculadas es susceptible de ser ajustada mediante el análisis de comparabilidad, la realización de ajustes transaccionales es contraria principio de plena competencia⁶⁰⁸.

Un ejemplo que sirve para ilustrar esta idea es el caso *Unefón*, resuelto por el Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa de México. Este supuesto versa sobre una entidad, Unefón -residente en México-, dedicada al sector de la radiotelevisión en Latinoamérica, que solicitó un préstamo a Nortel -no relacionada y residente en México- por valor de 324 millones de dólares⁶⁰⁹. Llegados a cierto punto, Nortel enajena el crédito a favor de Codisco, entidad vinculada de Unefón residente en Luxemburgo a cambio de 107 millones de dólares. Codisco, en calidad de acreedor de Unefón por el montante original, solicita la emisión de un pagaré por valor de 324 millones de dólares para titularizar la deuda. El fisco mexicano y el Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa determinaron que la diferencia entre ambos importes

⁶⁰⁷ Esta idea, aunque enunciada en el texto de las TPG, no se hizo explícita en los primeros borradores sino que se incorporó más adelante, sin que haya quedado constancia del motivo concreto por el cual se excluye al comienzo y se incorpora después, lo que denota cierto desconocimiento de la relevancia de esta idea por parte de los autores de las TPG en el ámbito de los ajustes transaccionales. Vid. documento OECD1994c-U (DAFFE/CFA/TP/M(94)(1)), p.3 citado en BULLEN (2011), p.565. En el contexto de asignación de riesgos, vid. BELL (2009a), p.163; BORSTELL (2013), p.15. Refiriéndose al ámbito de los intangibles, vid. GARBARINO; D'AVOSSA (2015), p.16. En el ámbito de reestructuraciones empresariales, vid. CALDERÓN; QUIÑONES (2015), p.62.

⁶⁰⁸ En el mismo sentido, HAMMER et al. (1999), 3-13. LOWELL; BURGE; BRIGER (2000), 3-18. LOWELL; MARTIN (2010), 2-18. COLE (2014), 28-23.

⁶⁰⁹ *Unefón* (2013, Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa, México)

debía imputarse a Unefón como ganancia, al entender que esta entidad podría haber solicitado una reducción de la deuda en importe equivalente al de la venta de los derechos de crédito de Nortel a Codisco. Si bien el Tribunal basó su postura en argumentos adicionales, todos ellos se apoyan en el razonamiento mencionado, que es el que interesa a efectos de constatar la importancia de la existencia de comparables.

Al respecto cabe señalar tres puntos esenciales para comprender el desacierto de dicha postura, que condujo a la realización de un ajuste transaccional cuyo resultado fue equivalente a entender que el crédito fue adquirido por Unefón y no por Nortel. Primero, la titulización de una deuda no puede calificarse de operación, porque mediante este acto simplemente se constata en un documento un negocio que ya existía, a saber, la deuda de Unefón frente a su nuevo acreedor, Codisco. Segundo, el desconocimiento de la venta del crédito de Nortel a Codisco implica que los efectos de la normativa sobre precios de transferencia mexicanas se extienden a un supuesto en que las partes no son sujetos vinculados, de manera que la aplicabilidad de la norma resulta más que dudosa. Tercero, el Tribunal y la administración obvian el hecho de que existen infinidad de comparables a una simple operación de cesión de crédito con descuento, de modo que, de salvar los dos primeros escollos relativos a la pertinencia de la aplicación de la norma al caso, se podría haber alcanzado una solución basada en comparables y no en la modificación de las condiciones de la operación. En todo caso, lo que está fuera de toda duda es que en operaciones relativas a cesiones de créditos, el deudor carece de acción alguna para impedir el cambio de acreedor, de forma que Unefón no tenía poder de negociación alguno en este sentido. Una solución alternativa podría haberse basado en una contraoferta por parte del deudor que mejorase la oferta del adquirente con vistas a extinguir el crédito, hecho que no tuvo lugar en el caso bajo análisis. Con todo, la sentencia Unefón es un buen ejemplo de supuesto en que se podría haber evitado la realización de ajustes sobre las condiciones de la operación por no cumplirse el presupuesto necesario, a saber, la imposibilidad de llevar a cabo un análisis de comparabilidad puesto que existían numerosos comparables al caso.

Otro caso que cabe citar en este sentido es el relativo a un supuesto de financiación de grupo para adquirir participaciones de terceros, resuelto por el TEAC⁶¹⁰. En este

⁶¹⁰ Res. TEAC 5 noviembre 2015 (Tribunal Económico Administrativo Central, España)

supuesto, la entidad MM -residente en España- obtiene financiación de su matriz MIB -residente en Holanda- grupo para adquirir participaciones en PX y XP -residentes en Argentina-, sociedades no vinculadas a las primeras, a través de aportaciones dinerarias en la ampliación de capital que llevaron a cabo ambas entidades. La administración entiende que el préstamo no hubiese sido concedido por una entidad independiente, dada la complicada situación financiera de MM. Además, MIB facilita la devolución de los préstamos hasta que la sociedad disponga de liquidez. MM entidad abona intereses a MIB gracias a los dividendos que obtiene de PX y XP, pagos que la administración reputa como no deducible porque las operaciones de préstamo realizadas “rara vez o nunca se efectuarían entre partes no vinculadas”. También se aduce que “los gastos financieros relativos a los préstamos para la compra de las participaciones de PX y XP (...) no están asociados a unas responsabilidades, funciones o riesgos asumidos por la española, sino que derivan de una estrategia del grupo”. La sociedad mantiene un fondo de maniobra negativo continuamente. No obstante, los flujos de caja que genera gracias a los dividendos que obtiene por las participaciones en PX y XP le permiten pagar los préstamos, a pesar de las continuas prórrogas que MIB debe conceder para que MM pueda cumplir con los pagos. En este sentido, preferir la concesión de esperas a la quita de parte de la deuda es una estrategia correcta, pues según se establece en la resolución, MM cumple con los pagos cuando recibe dividendos de las entidades en que participa.

Por otro lado, el desconocimiento de la operación de préstamo se trata de justificar mediante argumentos que nada tienen que ver con el análisis de comparabilidad, la ausencia de comparables o el empleo de métodos no convencionales. Se señala que no existe autonomía de voluntad en el sujeto pasivo, que la entidad prestamista es socia única de la prestataria, que el obligado nunca ha repartido beneficios y que MM es una mera intermediaria, una ETVE cuya actividad es exclusivamente la mera tenencia de participaciones. En ningún momento se entra a discutir la valoración de los intereses, elemento en que se debería haber centrado la administración antes de plantear la modificación de las condiciones de la operación. Así las cosas, a nuestro entender y de acuerdo con los parámetros señalados en este trabajo, la administración no ha justificado de manera suficiente la realización de un ajuste transaccional consistente en el desconocimiento del préstamo entre MM y MIB.

Ante la posibilidad de acometer el análisis de comparabilidad, la realización de modificaciones referidas a las condiciones que configuran la operación entre partes vinculadas supondría la vulneración de un mínimo de certeza indispensable para la correcta aplicación de la norma, ya que ello supondría apartarse de los hechos de forma injustificada⁶¹¹. En una situación en que sea imposible efectuar esta tarea, se impone la necesidad de plantear ajustes sobre las condiciones de la operación, puesto que en caso contrario, la consecuencia prevista en la normativa sobre precios de transferencia sería inaplicable.

Una vez señalada la necesaria existencia de los ajustes transaccionales y su inserción en el marco del análisis de comparabilidad, el problema principal que se plantea reside en delimitar con suficiente precisión el ámbito de la comparabilidad. El grado de exactitud exigible a un comparable para ser calificado como tal es muy difícil de determinar, ya que dependerá de las circunstancias del supuesto concreto en relación a multitud de factores, como por ejemplo el grado de competencia en el mercado en que se opere, las características concretas del bien producido o servicio prestado, la estructura financiera de las partes, el empleo de activos intangibles únicos, etc.

La dificultad para comprobar la inexistencia de comparables también se debe al escenario de información imperfecta con el que partes vinculadas deben lidiar. A la hora de emplear comparables externos, puede suceder que la información sobre operaciones de referencia entre partes independientes no exista o bien que existiendo, no se tenga capacidad de acceder a la misma. Es en este punto donde mejor se entienden las críticas centradas en la aplicación práctica del *arm's length principle*⁶¹². Este aspecto se ve acentuado más aún si cabe en el ámbito de la comparación de las condiciones de la operación distintas del precio, puesto que dicha información normalmente no se

⁶¹¹ Vid. TPG par.9.172. *OECD 2014 BEPS Actions 8, 9 and 10. Draft on revisions to chapter I of the Transfer Pricing Guidelines (including risk, recharacterisation, and special measures)*, par.84. ATKINSON; COOMBES (2009), p.15 indican que en el ámbito de los precios de transferencia “todas las características de las partes deben permanecer, salvo en lo referido a su necesaria independencia”. Nosotros añadiríamos un matiz: deben permanecer salvo cuando ello impida la realización de la consecuencia jurídica, en cuyo caso se deberá alterar lo estrictamente necesario para lograr ese fin.

⁶¹² Incluso se ha llegado a afirmar por parte de cierta doctrina que la consecución de un ajuste adecuado es imposible de acometer, vid. BELL (2008b), p.460.

encuentra reflejada en la contabilidad de las empresas ni en los informes que éstas emiten⁶¹³.

Ante tales dificultades, la dicotomía que se presenta en el contexto de aplicación de la normativa de precios de transferencia es relativamente sencilla de comprender. Por un lado, si se adoptase un criterio rigorista sobre la existencia de comparabilidad, en muy pocas ocasiones se lograría obtener un comparable plausible, ya que las variables que dan forma a cada operación son únicas⁶¹⁴ y tal planteamiento conduciría en última instancia a la promulgación de un régimen de precios de transferencia inaplicable⁶¹⁵, que daría lugar a resultados arbitrarios⁶¹⁶. Por otro lado, si se permitiese el empleo de comparables cuyos componentes difieren respecto de la operación acometida entre partes vinculadas, la metodología de comparación quedaría desvirtuada hasta tal punto que podría incurrirse en última instancia en la realización de ajustes transaccionales implícitos. Este resultado no casa con la filosofía del *arm's length principle*, ya que para la determinación de un ajuste que refleje la práctica de partes independientes es necesario fijar de antemano correctamente el punto de referencia, esto es: la operación acometida entre partes vinculadas. De lo contrario el esquema de aplicación de la norma sufriría una distorsión insalvable.

Así las cosas, las TPG determinan que la existencia de comparabilidad requiere que ninguna de las diferencias existentes entre la operación vinculada y aquella que partes independientes hubiesen acordado pueda afectar materialmente al elemento examinado –por ejemplo, precio o margen- o que la práctica de ajustes razonablemente precisos pueda efectuarse para eliminar el efecto de tales diferencias⁶¹⁷. De esta manera se opta acertadamente por una posición intermedia que satisface una suficiente proximidad del

⁶¹³ KAMPHUIS (2009), p.94. BULLEN (2011), p.405.

⁶¹⁴ Simplemente considerando el factor temporal, podría afirmarse que cada operación es distinta. Vid. KAUDER (1974), p.25

⁶¹⁵ Vid. en el mismo sentido MCDOUGALL; HICKMAN; PANTELIDAKI (2010), p.5. JARCYK; COZZO (2013), p.21. El requisito de proximidad del comparable puede variar dependiendo de las circunstancias del supuesto. Por ejemplo, en HENSHALL et al. (2014), p.3 se advierte que el informe *OECD 2014 BEPS Action 8 deliverable. Guidance on transfer pricing aspects of intangibles* establece un estándar de comparabilidad tan elevado que impide la correcta aplicación del método de precio libre comparable. Contra, en JARCYK; COZZO (2013), p.21 se afirma que a pesar de que encontrar comparables perfectos es una tarea imposible, casi siempre se van a poder realizar ajustes que permitan aplicar este método.

⁶¹⁶ MAISTO (1992), p.33.

⁶¹⁷ TPG par.1.35. UN-PMTP13, par.6.2.2.5.

comparable a la vez que otorga flexibilidad suficiente a la hora de acometer la difícil tarea de hallar un comparable idéntico o muy similar a la operación vinculada bajo análisis⁶¹⁸. Tal elasticidad se ve potenciada a través del empleo de “ajustes razonablemente precisos” (*reasonably accurate adjustments*), también conocidos como ajustes de comparabilidad⁶¹⁹, que permiten la modificación de los términos de un comparable próximo aunque no suficientemente similar, de tal forma que se modifican sus elementos configuradores para adaptarlos a las características de la operación vinculada⁶²⁰. Esta figura servirá tanto para mejorar la precisión del análisis de comparabilidad como para definir sus límites⁶²¹. De esta forma resulta posible que a partir de un comparable imperfecto -que en un principio no pueda calificarse de idéntico o muy similar-, se pueda lograr un acercamiento del comparable a la operación realizada entre sujetos vinculados⁶²².

A modo de ejemplo cabe citar el empleo de comparables europeos o americanos en países en vías de desarrollo. Ante la carencia de operaciones idénticas o muy semejantes en estas jurisdicciones, la necesidad de información para realizar el análisis de comparabilidad pertinente puede verse satisfecha recurriendo a la información de bases de datos referidas a transacciones entre empresas situadas en países desarrollados, siempre y cuando estos comparables, que serán imperfectos por definición, sean susceptibles de verse alterados mediante ajustes de comparabilidad para adecuar sus circunstancias a las de la operación vinculada⁶²³.

⁶¹⁸ TPG par.3.38, que indica que “la identificación de comparables potenciales debe tener como objetivo la consecución de los datos más fiables, sin dejar de admitir que no siempre serán perfectos”. Vid. NEIGHBOUR; OWENS (2002), p.957.

⁶¹⁹ Esta expresión se emplea en TPG análisis de comparabilidad: par.1.33, par.1.55, par.3.5; método del precio libre comparable: par.2.14 par.2.16 par.2.18; método del margen de reventa: par.2.23, par.2.26, par.2.36; método del coste añadido: par.2.41; comparables internos: par.3.28; ajustes de comparabilidad: par.3.47; Restructuraciones empresariales: par.9.51. En EE.UU., Treas. Regs. §1.482-1(d)(2). BULLEN (2011), p.215 detecta el origen de los ajustes de comparabilidad en la propuesta de modificación de la sec. 482 de 1962, finalmente rechazada, vid. H.R. Rep. No. 1447, 87th Cong., 2nd Sess. (1962), p.30.

⁶²⁰ HENSHALL (2013a), m.no.2.26.

⁶²¹ JOSEPH (2007), p.92 destaca la importancia que los ajustes de comparabilidad tienen en el marco del análisis de comparabilidad a la hora de flexibilizar el sistema.

⁶²² Vid. UN-PMTP13, par.5.1.4. COTTANI (2014), p.62. A pesar de su importancia en el análisis de comparabilidad, los ajustes de comparabilidad o ajustes razonablemente precisos apenas son tratados en las TPG o las *Regulations* estadounidenses. Vid. MUYAA (2014), p.355. LUCAS MAS; COTTANI (2010), p.245 señalan otras ventajas que reporta un empleo adecuado de los ajustes de comparabilidad: una mayor flexibilidad en el empleo de indicadores de beneficio, la mejora de comparabilidad de entidades que siguen estándares distintos en su contabilidad (GAAP / IFRS) o la medición del impacto de ciertas condiciones económicas en la entidad bajo análisis.

⁶²³ GONNET; STARKOV; MAITRA (2013) indican que los parámetros sobre los que normalmente se efectuarán ajustes de comparabilidad son el coste de capital, la intensidad del capital circulante, ajustes

La posibilidad de acometer ajustes de comparabilidad implica que el ámbito de aplicación de los ajustes transaccionales se vea reducido de forma drástica. En aquellos casos en que se pueda practicar un ajuste de comparabilidad para resolver el problema de la falta de comparables perfectos –esta expresión designa a los comparables que no requieren de ajustes para ser idénticos o muy similares a una operación efectuada entre partes vinculadas- no sería necesario recurrir a la modificación de las condiciones de la operación original. En este sentido, es importante señalar que ambas figuras poseen una mecánica muy similar, pero su campo de actuación es distinto⁶²⁴.

Cabe enunciar a título de ejemplo un supuesto de financiación entre miembros de un mismo grupo. Si ante el cálculo de la remuneración del capital -gastos financieros- tomásemos como supuesto de comparabilidad un índice interbancario -véase EURIBOR, LIBOR, etc.- sería necesario llevar a cabo ajustes de comparabilidad para adecuar las diferencias de circunstancias del comparable a las de la operación efectivamente acometida, como la estructura de capital de las entidades, el nivel de aversión al riesgo, etc. Si ante el mismo supuesto, atendiendo a las circunstancias del prestatario, se alcanza la conclusión de que un sujeto no vinculado jamás hubiese concedido un préstamo debido por ejemplo a la incapacidad de aquél para hacer frente a sus obligaciones, la realización de un ajuste transaccional estaría plenamente justificada para reflejar el hecho de que partes independientes jamás hubiesen llegado a un acuerdo sobre el contrato de préstamo. Este fue precisamente el razonamiento del *Hoge Raad* – Tribunal Supremo holandés-⁶²⁵ en un supuesto referido a un préstamo intragrupo, en que, en palabras de la Corte, el riesgo que el prestamista asumía no hubiese sido aceptado por un tercero independiente, de tal forma que se negó la deducibilidad de la pérdida por deterioro de valor del crédito⁶²⁶.

sobre la contabilidad, ajustes derivados del ciclo económico, ajustes por fluctuaciones en los tipos de cambio, por diferencias regulatorias y por condiciones económicas locales y regionales, entre otros.

⁶²⁴ KOFLER (2015), m.no.97 indica que la distinción entre ajustes transaccionales y ajustes de comparabilidad ha devenido difusa y señala como ejemplo el uso de alternativas realmente disponibles (*realistically available alternatives*) en el ámbito de las *Regulations* americanas como forma de ajuste transaccional encubierto.

⁶²⁵ *Hoge Raad*, n.08/05323, n.10/05161 y n.10/04588 (Tribunal Supremo, Holanda), decisión citada en KOOMEN (2015b), p.241. BAKKER (2015), p.82.

⁶²⁶ Vid. DAMSMA; JIE-A-JOEN; MEIJER (2012), p.859.

Los ajustes de comparabilidad darán lugar a la modificación del comparable para cuadrar al máximo sus componentes con respecto a las condiciones de la operación vinculada y así lograr una mayor precisión en su contraste⁶²⁷. Para ello se requiere que la magnitud objeto de ajuste sea identificada correctamente, cuantificada y modificada de tal forma que el resultado final determine una mejora de la comparabilidad atendiendo al método escogido⁶²⁸. De hecho, la realización de ajustes de comparabilidad podría plantear un cambio en el método apropiado. En todo caso, los componentes de la operación original quedan intactos a este respecto.

Los ajustes transaccionales por el contrario surten efecto sobre las condiciones de la operación. La modificación resultante tendrá repercusión tanto en la búsqueda de comparables –su objetivo es facilitar esta tarea– como en el ajuste primario resultante, ya que la alteración de las condiciones de la operación incidirán sobre el precio acordado, márgenes o sobre el reparto del beneficio⁶²⁹. Esta idea es de suma relevancia, ya que sirve como fundamento para sostener que cualquier norma sobre operaciones vinculadas basada en el *arm's length principle* permitiría la práctica de ajustes transaccionales, independientemente de si se refiere explícitamente a éstos o no en su dicción⁶³⁰.

Aunque la diferencia material entre ambos expedientes es la más relevante a la hora de trazar una distinción, existen otros matices que merecen ser expuestos.

⁶²⁷ A este respecto, podemos distinguir el ámbito de los ajustes de comparabilidad atendiendo a la modalidad de método empleado según sean métodos centrados en la operación o métodos centrados en el beneficio. Por un lado, DI LIBERO (2009), p.294 y ss. hace alusión los factores de comparabilidad que emplea la OCDE y que sirven también como definitorios del posible ámbito de los ajustes de comparabilidad que se puedan practicar, a saber: características del producto, funciones, riesgos, términos contractuales, condiciones económicas, empleo de intangibles. Por otro lado, MUYAA (2014), p.349-352 realiza una clasificación de los ámbitos sobre los que los ajustes de comparabilidad actúan en el TNMM: intensidad de capital, capital circulante, estándares de contabilidad y circunstancias económicas y de mercado. Vid. en el mismo sentido SCHATAN (2009), p.780; FRIS; GONNET (2010), p.104, 105; STARKOV et al. (2014), p.13-14. GOMMERS; REYNEVELD; LUND (2008), p.128 y ss. enuncian el mismo proceso referido a la normativa estadounidense, vid. Treas. Regs. 1.482-1(d)(2).

⁶²⁸ DI LIBERO (2009), p.294.

⁶²⁹ Es por ello que no creemos que la diferenciación que ofrece BULLEN (2011), p.186 al distinguir entre “condiciones de valoración” como aquellas que incluyen cualquier condición que sirva para estimar el valor del elemento patrimonial transferido o de algún elemento de la estructura de la operación y las “condiciones estructurales” como todo aquello que no sea calificable como “condiciones de valoración”, no es totalmente adecuada, ya que la definición de las condiciones estructurales influye directamente en las condiciones de valoración.

⁶³⁰ A este respecto, vid. *supra* apartado 2.3.2.2.

Primero, debe discernirse el momento en que cada figura entra en juego. Los ajustes de comparabilidad tienen lugar prácticamente al final del análisis de comparabilidad, tras la identificación de comparables imperfectos pero adecuados, justo antes de la determinación del precio acorde al principio de plena competencia –paso 8 del análisis de comparabilidad⁶³¹-, para aproximar las características del comparable a las de la operación vinculada.

El ajuste transaccional por su parte sucederá tras haber descartado tanto la existencia de comparables apropiados como los posibles ajustes que se pudieran realizar sobre los mismos. Esto es, el estudio sobre la idoneidad de su aplicación se efectúa prácticamente al final del análisis de comparabilidad, si bien sus consecuencias surtirán efectos sobre las condiciones de la operación que fueron determinadas al comienzo del análisis -en los pasos 2: “análisis del conjunto de las circunstancias del contribuyente” y 3: “comprensión de la operación u operaciones vinculadas objeto de comprobación”-. Dicho con otras palabras, el contribuyente deberá determinar primero la operación tal y como ha sido acometida entre los sujetos vinculados, a continuación buscará comparables e intentará realizar ajustes sobre los mismos y sólo cuando constate la imposibilidad de continuar el análisis se verá legitimado para modificar los elementos necesarios sobre la operación original en aras de su adaptación a la operación de referencia⁶³².

Segundo, la importancia relativa de cada figura en el ámbito de la normativa sobre precios de transferencia es distinta. Los ajustes de comparabilidad se materializarán sólo si existen diferencias salvables entre la operación entre partes vinculadas y el comparable escogido como más apropiado. Los ajustes transaccionales sin embargo entrarán en juego cuando sea imposible llevar a buen término el análisis de comparabilidad, es decir, cuando no se puedan salvar las diferencias entre ambas situaciones. De esta forma, si un Estado adoptase un estándar de comparabilidad

⁶³¹ TPG par.3.4.

⁶³² Es por ello que BULLEN (2011), p.218 yerra al determinar que los ajustes transaccionales tendrán lugar en una etapa temprana del análisis de comparabilidad puesto que en realidad, es necesario completar el análisis para determinar que no existen comparables y sólo entonces acudir a la modificación de los elementos de la operación entre vinculadas.

estricto, el ámbito de aplicación de los ajustes transaccionales se vería incrementado, puesto que sería más complicado llevar a cabo el análisis de comparabilidad⁶³³.

Tercero, ambos ajustes normalmente se llevarán a cabo por parte de sujetos distintos. Será el contribuyente quien efectúe ajustes de comparabilidad –si bien sujetos a posterior revisión- para alcanzar una mayor precisión en su análisis de precios de transferencia, mientras que la administración deberá probar la necesidad de acudir a la figura de los ajustes transaccionales⁶³⁴.

Una vez descritas las diferencias entre ambas figuras, surge un interrogante que es necesario responder para comprender la necesaria existencia de los ajustes transaccionales: si existe la posibilidad de ajustar el comparable para aproximarlos a la operación entre vinculadas, ¿por qué no se emplea este expediente en cualquier caso? ¿cómo podría justificarse la realización de ajustes sobre una operación que ha sido efectivamente llevada a cabo entre dos sujetos con personalidad jurídica propia, dentro de su autonomía para acometer negocios jurídicos con la forma que ellos entiendan oportuna, si existe un método menos agresivo para lograr un término de comparabilidad razonable?. La respuesta a estas cuestiones, que inciden directamente sobre la justificación de la necesidad de los ajustes transaccionales, reside en la propia formulación del *arm's length principle*.

Resulta contrario a este estándar adoptar como referencia un comparable que partes independientes no acordarían, puesto que en todo caso la consecuencia jurídica de la norma –reflejar las condiciones que partes independientes hubiesen acordado- sería impracticable. Por tanto, siempre y cuando puedan efectuarse ajustes de comparabilidad

⁶³³ JOSEPH (2015), p.108 refiriéndose a la ruling TR 2014/16 (“on the determination of substance in cross border transactions”) de la administración australiana, que se refiere específicamente a la necesidad de “identidad” entre la operación vinculada y el comparable, siendo este término mucho más estricto que el término “similitud” o la referencia a la coincidencia de elementos esenciales.

⁶³⁴ BULLEN (2011), p.218. Un ejemplo de ajuste transaccional por parte del contribuyente podría ser la revisión a la baja de la valoración de un intangible derivada de una expectativa de generación de beneficios más baja que la inicialmente proyectada, si bien en las jurisdicciones en que existen normas que prevén ajustes en este sentido o bien sólo la administración tiene potestad para realizar ajustes en este sentido -EE.UU., Treas. Regs. 1.482-1(a)(3)- o sólo se permite la realización de ajustes al alza -Alemania, sección 1(3), inciso 11º, AStG-. Para un análisis detallado sobre la idoneidad de estas reglas, vid. *infra* apartado 5.3.

que respeten aquello que partes independientes hubiesen acordado⁶³⁵, éstos deben primar sobre la posible práctica de ajustes transaccionales.

Más aún, es necesario distinguir en este punto dos factores sobre los que los ajustes de comparabilidad pueden incidir. Por un lado, las condiciones de la operación como expresión de los elementos que componen la transacción en sí y que han sido “aceptados o impuestos” –términos que el art.9.1 MCOCDE emplea-. Por otro, las circunstancias en que ésta tiene lugar, elementos extrínsecos a la operación y sobre los que las partes no pueden decidir, incluyendo el hecho de que ambas partes pertenecen a un grupo de empresas. Este es un elemento que viene dado, sobre el que las partes no pueden decidir y que no cabe etiquetar como una “condición aceptada o impuesta” porque es una realidad que existe al margen de la operación. Dicho con otras palabras, si la norma interna del Estado que practica el ajuste distingue entre ambos conceptos – en consonancia con la dicción del art.9.1 MCOCDE-⁶³⁶, el ejercicio de comparación debe reflejar las condiciones que hubiesen pactado partes independientes en las mismas circunstancias en que se encuentran los sujetos vinculados. Este enfoque es conocido enfoque de ficción limitada⁶³⁷.

Si trasladamos esta reflexión al ámbito de los ajustes de comparabilidad, comprobaremos que será necesario ajustar en su caso el comparable entre partes independientes para que refleje el impacto de las circunstancias en las que partes vinculadas se insertan. Por ejemplo, en un acuerdo de cesión de un secreto industrial no patentado a una parte relacionada, el riesgo de revelación consciente de tal secreto es mucho menor que si el mismo acuerdo tiene lugar entre partes independientes⁶³⁸. Por tanto, el resultado de comparar ambas situaciones demanda la realización de un ajuste de comparabilidad, de tal forma que se modifique el comparable entre independientes para reflejar el menor riesgo que entraña ceder un secreto a una entidad vinculada.

⁶³⁵ En el mismo sentido, SCHATAN (2009), p.779.

⁶³⁶ En Estados Unidos por ejemplo la norma hace referencia a la necesidad de que la operación sea comparable tanto en las condiciones en que se ha llevado a cabo como en las circunstancias en que tiene lugar, vid. Sec.1482-1(b)(1). En España, el art.18 LIS hace referencia al ajuste de las condiciones de la operación. Este hecho, combinado con la necesidad de que el ajuste se acorde con el principio de plena competencia, indica que en el ámbito de la LIS las circunstancias de grupo no serán susceptibles de ajuste transaccional, si bien la norma no hace mención explícita a la cuestión.

⁶³⁷ *Limited ALS approach*, vid. *supra* apartado 1.2.2.

⁶³⁸ Ejemplo citado en BULLEN (2011), p.285.

Este hecho implica que los ajustes de comparabilidad pueden servir como una herramienta para evitar la realización de ajustes transaccionales en aquellos casos en que las circunstancias de grupo impidan encontrar comparables adecuados en un primer momento. Así, mediante la realización de ajustes de comparabilidad, se logrará eliminar los factores que impiden su utilización. El enfoque de ficción limitada a que ya se ha hecho referencia sirve como sustento lógico de estos ajustes⁶³⁹. Las TPG ejemplifican esta metodología a través de un supuesto en que un fabricante vende productos a un distribuidor vinculado y es éste soporta el riesgo de tipo de cambio, mientras que en operaciones comparables es el fabricante quien debe lidiar con el mismo. La opción inmediata más idónea, antes siquiera de entrar a considerar si la realización de ajustes transaccionales es apropiada, reside en el ajuste de los comparables para que reflejen la distinta asignación del riesgo de tipo de cambio para adaptar el comparable a la operación original y de esta forma dejar intacta su estructura⁶⁴⁰.

En todo caso, ante la ausencia de comparables y la imposibilidad de realizar ajustes de comparabilidad de manera fiable, el empleo del método de distribución del resultado puede ser de utilidad en aquellos supuestos en que se pueda aplicar con una precisión razonable⁶⁴¹.

Mediante este método se calculan los beneficios -o pérdidas- conjuntos obtenidos en operaciones entre partes vinculadas y ese monto total se divide tomando en consideración ciertas claves de atribución que varían según las circunstancias del caso concreto⁶⁴², para alcanzar un resultado que se aproxime al reparto que partes

⁶³⁹ Vid. *supra* apartado 1.2.2.

⁶⁴⁰ Vid. TPG par.1.69, 9.186.

⁶⁴¹ Esta es la solución que se adoptó en ciertos casos en Estados Unidos ante la ausencia de comparables. LOWELL; BURGE; BRIGER (2000), 2-38 citan *Eli Lilly & Co. v. Commissioner* (1988, Tribunal de apelaciones, séptimo circuito, Estados Unidos) y *G.D. Searle & Co. v. Commissioner* (1987, Tribunal, Estados Unidos), entre otros.

⁶⁴² A modo de ejemplo, las TPG indican que puede recurrirse a las claves de atribución basadas en activos cuando (1) la relación entre los activos tangibles o intangibles o el capital empleado y la generación de valor en el contexto de la operación vinculada es muy estrecha o (2) cuando cada parte de la operación aporta intangibles únicos y de gran valor. El empleo de claves de atribución basadas en costes es idóneo cuando es posible observar una fuerte correlación entre los gastos relativos incurridos y el valor relativo añadido, como en el supuesto de intangibles referidos al marketing o la generación de intangibles gracias a un gasto considerable en materia de investigación y desarrollo. El análisis del descuento de flujos de caja mediante las técnicas del valor actual neto (VAN) o de la tasa interna de retorno (TIR) también podría utilizarse para distribuir el beneficio residual en ciertos supuestos. A partir de esta información, es imprescindible calcular un tipo de descuento adecuado, lo que dificulta sobremanera el empleo razonable de este método salvo para supuestos muy puntuales. Vid. TPG par.2.133 et seq.

independientes habrían acordado en condiciones similares⁶⁴³. Su relevancia en el ámbito del análisis de comparabilidad creció en paralelo a la necesidad de un cambio de enfoque para adaptar el *arm's length principle* a las características de la economía contemporánea, mediante el definitivo abandono del empleo de metodologías rigoristas basadas en la pura comparación entre una operación acometida entre sujetos relacionados con operaciones similares realizadas entre partes independientes, a favor de un análisis más amplio que atiende a otros factores⁶⁴⁴. La utilidad de este método radica por tanto en servir de base para un reparto de rentas en situaciones en que no hay comparables apropiados.

El método de reparto del beneficio exige la identificación de los criterios de reparto que partes independientes emplearían⁶⁴⁵. En el estadio del análisis en que nos encontramos debemos partir precisamente de la inexistencia de comparables como premisa inicial, de modo que la modalidad de distribución comparable de resultados⁶⁴⁶, basada en la existencia de situaciones de reparto de beneficios comparables entre partes independientes, debe quedar descartada. Con todo, detendremos en este punto nuestras reflexiones acerca del problema en tanto la discusión sobre este punto se refiere a la aplicación concreta de un método de valoración previsto por las TPG y no a la figura del ajuste transaccional.

4.1.2.2. El empleo de técnicas no convencionales para constatar la idoneidad de las condiciones de la operación.

La imposibilidad de resolver un supuesto mediante la realización de ajustes de comparabilidad no implica por sí misma que sea necesario acudir a la figura de los ajustes transaccionales. Existen otras vías para constatar que partes independientes hubiesen adoptado las condiciones acordadas en la operación acometida entre partes

⁶⁴³ TPG par.2.108.

⁶⁴⁴ TPG par.2.113. RADAELLI (1998), p.610. Aunque el motivo de este cambio reside en la adaptación del *arm's length standard* a las vicisitudes de la economía globalizada, cierta doctrina defiende que se obvia la referencia de partes independientes y por tanto el método de distribución del resultado se desvía de la esencia de este principio, vid. KOOMEN (2015b), p.242.

⁶⁴⁵ TPG par.2.133.

⁶⁴⁶ Para más referencias sobre esta modalidad, vid. WITTENDORFF (2010), p.765 et seq.

vinculadas⁶⁴⁷. La nota de excepcionalidad que necesariamente ha de informar el modelo de aplicación de los ajustes transaccionales justifica el empleo de técnicas no convencionales (*hypothetical arm's length test*)⁶⁴⁸.

Además, si la necesidad de pautas flexibles es notoria en el ámbito de los ajustes de comparabilidad, en éste ámbito el margen de maniobra se debe ver ampliado más aún si cabe. La razón reside en el factor bajo análisis: la mayor parte de pautas sobre la aplicación efectiva de la normativa de operaciones vinculadas se refieren a la comparación de precios o márgenes, pero tal comparación no puede tener lugar si las condiciones y circunstancias de la operación entre vinculadas y el comparable de mercado no son equivalentes debido a que tales elementos inciden en el precio de la operación. Sin embargo, a la hora de comparar condiciones esta limitación no tiene lugar, puesto que el análisis de una condición no se ve limitado por el resto de condiciones, a diferencia de lo que sucede cuando se contrastan precios o márgenes.

Es por ello que las limitaciones propias del análisis de comparabilidad referido a la comparación de precios o márgenes no se dan en el ámbito del estudio de las condiciones y su conformidad con el *arm's length principle*. Pero este hecho no incide únicamente en la posibilidad de analizar cada condición por separado, sino que además abre la posibilidad del uso de fuentes de información que en el contexto del análisis referido a precio o márgenes sería imposible utilizar, como son los usos empresariales o las ofertas realizadas de buena fe entre partes independientes⁶⁴⁹.

Con todo, es necesario advertir que el empleo de este tipo de técnicas debe considerarse subsidiario respecto a la búsqueda de comparables y la realización de ajustes de comparabilidad. Sólo en caso de que éstos arrojen resultados imprecisos o directamente no sirvan para acometer correctamente el análisis de comparabilidad podrá el aplicador

⁶⁴⁷ En efecto, las TPG señalan que la inexistencia de comparables no debe dar lugar a entender per se que la operación es contraria al principio de plena competencia, vid. TPG par.1.11, par.9.172, par.9.173. *OECD 2014 BEPS Actions 8, 9 and 10. Draft on revisions to chapter I of the Transfer Pricing Guidelines (including risk, recharacterisation, and special measures)*, par.82. En referencia a la asignación de riesgos, vid. par.9.19. En la misma línea, UN-PMTP13, par.5.1.3.

⁶⁴⁸ Vid.. ANDRESEN (2015), p.720. KOFLER (2015), m.no.77. WITTENDORFF (2010), p.315-316 señala que en diversos ámbitos de las TPG se emplea un análisis hipotético –método de distribución del resultado, métodos de valoración de intangibles, servicios, acuerdos de reparto de costes-; incluso llega a describir todos los métodos salvo el del precio libre comparable como métodos híbridos que incorporan elementos de análisis hipotético.

⁶⁴⁹ BULLEN (2011), p.399 et seq.; KOOMEN (2015b), p.237.

de la norma recurrir a herramientas no convencionales. De esta forma, según comprobaremos a continuación, aproximaciones como la adoptada por la administración española y refrendadas por la Audiencia Nacional y el Tribunal Supremo en ciertos supuestos en que obvian este paso previo han de reputarse contrarias al *arm's length principle*. En estos supuestos, sendos Tribunales deberían haber considerado la retroacción de actuaciones como la opción adecuada para que la administración obre de acuerdo a la norma, esto es, efectúe el análisis de comparabilidad necesario que sustente su postura.

En el caso *Matsushita Electric España*, que trata sobre una operación de préstamo entre entidades de un mismo grupo, la administración emplea una media fijada por el Banco de España para operaciones con clientes preferentes⁶⁵⁰. El contribuyente indica con acierto que éste no es un comparable válido per se, porque no nos hallamos ante entidades cuya actividad económica sea la intermediación crediticia. El Tribunal Supremo sin embargo indica que por “prudencia valorativa” acepta la tesis de la administración, sin siquiera plantear la posible realización de ajustes de comparabilidad sobre el parámetro señalado, que hubiesen bastado para admitir dicho comparable.

En el caso *Goxens-Oil*, ante la presentación de informes por parte de la administración y el contribuyente avalando sus respectivas posiciones al respecto de la correcta aplicación de la normativa sobre precios de transferencia, la Audiencia Nacional falla a favor de este último por entender que, de acuerdo con las “reglas de la sana crítica”, la documentación presentada por el contribuyente es más exhaustiva y adecuada⁶⁵¹. El tribunal no entra a valorar la idoneidad del método escogido o la manera en que el análisis de comparabilidad se ha efectuado, de manera que no existen elementos de juicio por nuestra parte para determinar si la decisión fue acertada o no. Este aspecto merece ser criticado en tanto conocer el razonamiento que un Tribunal sigue para alcanzar la decisión ante un caso concreto es esencial porque las partes necesitan tener elementos de juicio suficientes como para determinar si resulta oportuno recurrir la sentencia y porque terceros en circunstancias similares deben poder conocer las pautas que la jurisprudencia emplea para resolver tales casos.

⁶⁵⁰ STS 4 octubre 2010, caso *Matsushita Electric España* (2010, Tribunal Supremo, España).

⁶⁵¹ STS 13 junio 2013, caso *Goxens-Oil* (2013, Tribunal Supremo, España).

Merece especial mención en este sentido el caso *BICC*, relativo a una operación de adquisición de acciones intragrupo con financiación externa y posterior venta a pérdida de las mismas a otra entidad de grupo⁶⁵², en que se afirma que la búsqueda de comparables es una tarea “prácticamente imposible” y que el análisis debe basarse en “las reglas de la experiencia y en los términos ordinarios de funcionamiento del mercado”⁶⁵³. El Alto Tribunal aboga por obviar el análisis de comparabilidad, resultado éste a todas luces inadmisibile desde la perspectiva del mandato *at arm's length* e incomprensible en términos lógicos, dado el elevado número de operaciones semejantes de adquisición de participaciones intragrupo financiadas mediante préstamos que tienen lugar con frecuencia.

Por todo lo señalado, a nuestro parecer el empleo de métodos no convencionales es conforme al principio de plena competencia, si bien atendiendo a los límites señalados.

En el presente apartado analizaremos de manera conjunta tres criterios que normalmente se presentan por separado, a saber: el buen hombre de negocios, la determinación del rango absoluto de negociación y el cálculo de una compensación *at arm's length*. A nuestro parecer es posible aunar todos para definir un modelo unificado sobre el que basar el análisis no convencional a que venimos haciendo referencia.

El criterio del buen hombre de negocios⁶⁵⁴ se basa en determinar qué haría un hombre de negocios razonable⁶⁵⁵, que vela por el interés económico de su empresa y es conocedor de las circunstancias y expectativas de la contraparte⁶⁵⁶. Si bien se ha empleado por tribunales de distintas jurisdicciones⁶⁵⁷, es en el Ordenamiento alemán

⁶⁵² SAN 21 mayo 2009, caso *BICC* (2009, Audiencia Nacional, España). STS 18 julio 2012, caso *BICC* (2012, Tribunal Supremo, España).

⁶⁵³ El mismo criterio se adopta en STS 1 julio 2009, caso *Promotorauno* (2009, Tribunal Supremo, España) y SAN 21 septiembre 2009, caso *Lafarge Asland I*, FJ 2º (2009, Audiencia Nacional, España) y SAN caso *Lafarge Asland II*, FJ 5º (rec.446/2008) (2011, Audiencia Nacional, España).

⁶⁵⁴ En inglés: *reasonably business person*. En alemán: *ordentlicher und gewissenhafter Geschäftsleiter*.

⁶⁵⁵ BULLEN (2011), p.422 indica con acierto que el criterio del buen hombre de negocios no es equivalente al del buen padre de familia, empleado en derecho civil, puesto que éste último no velará por su propio interés sino por el del conjunto de la familia. Cfr. BECKER (1987), p.10.

⁶⁵⁶ KROPPE; SILVA (2011), p.25.

⁶⁵⁷ BULLEN (2011), p.421 cita los casos *Svenska Shell* (1991, Tribunal Supremo Administrativo, Suecia), *Agip* (2001, Tribunal Supremo, Noruega), *Seagate Technology, Inc. v. Commissioner* (2000, Tribunal Fiscal, Estados Unidos), *Xilinx Inc. v. Commissioner* (2005, Tribunal de apelaciones, noveno circuito, Estados Unidos). Vid así mismo *GlaxoSmithKline Inc. v. Canada* (2012, Tribunal Supremo, Canadá), en que el Tribunal Supremo canadiense aplicó un test de razonabilidad, basado en “indagar qué

donde mayor impacto ha causado al hilo de la jurisprudencia sobre distribución oculta de beneficios, cuya consecuencia surte efecto cuando una entidad otorga una ventaja financiera a su accionista que no hubiese tenido lugar si estuviese ante un no accionista actuando de acuerdo con el parámetro del buen hombre de negocios. En la actualidad tal criterio ha quedado positivizado en la norma alemana sobre precios de transferencia⁶⁵⁸.

Con todo, resulta necesario señalar que normalmente este criterio se emplea no sólo para delimitar el ámbito de aplicación de los ajustes transaccionales, sino también como parámetro sobre el que sustentar la consecuencia, esto es, la magnitud del ajuste. Esta perspectiva, a nuestro parecer, resulta errónea puesto que el grado de subjetividad de que adolece esta figura es tal que debe ser descartada para alcanzar tal propósito⁶⁵⁹, puesto que existen criterios objetivos que pueden emplearse al efecto de manera más adecuada⁶⁶⁰.

Dada la inherente imprecisión del criterio del buen hombre de negocios, que podrá servir por sí solo para resolver ciertos supuestos pero cuyo contenido quizá no sea suficiente para abordar casos complejos, el criterio de rango absoluto de negociación enunciado más arriba sirve precisamente para concretar su alcance. Así, toda operación estructurada de tal manera que se sitúe dentro del margen delimitado por el precio máximo al que el adquirente está dispuesto a comprar y el precio mínimo que el transmitente estaría dispuesto a vender⁶⁶¹, debe reputarse acorde al principio de plena

circunstancias hubiese tenido en cuenta un comprador independiente, en la posición del demandante, a la hora de decidir si pagaría el precio que pagó el demandante”. El Tribunal toma el criterio de otro caso ajeno a la problemática de operaciones vinculadas, vid. *Gabco* (1968, Tribunal Supremo, Canadá). Vid. LINDSAY; POON (2014), p.3.

⁶⁵⁸ Sección 1(1) inciso 2 AStG; Sección 1(1) inciso 5 AStG. Vid. COTTANI (2014), p.115.

⁶⁵⁹ Numerosos autores han advertido del riesgo de arbitrariedad presente en la realización de ajustes transaccionales por parte de la administración. Vid. PAGAN; WILKIE (1993), m.no.1.46. BAKER & MCKENZIE (2009), p.145; BELL (2009a), p.159; ATKINSON; MORRIS (2009), p.10; NAUMANN et al. (2009), p.99; COTTANI (2009), p.233; BELL (2010), p.359. QUEK (2011), p.312. De hecho, indica SCHNORBERGER (2015), p.1-2 que el BFH ha señalado que el *hypothetical arm's length test* presente en el §1 abs.1 AStG y el §8 abs.3 satz 4-8 KStG es contrario a la aplicación de los CDI suscritos por Alemania que contengan una cláusula idéntica a la del art.9 MCOCDE.

⁶⁶⁰ PICHHADZE (2015b), apartado 4.1, indica que el criterio del hombre de negocios razonable es contrario al estándar marcado por el principio de plena competencia a nivel internacional. No obstante, el autor se limita a explicar que éste no debe servir para justificar la realización de ajustes primarios, pues dicha metodología es contraria al análisis de comparabilidad. Nosotros abogamos por su uso en el marco de los ajustes transaccionales a los únicos efectos de corroborar si partes independientes hubiesen estado de acuerdo en adoptar las condiciones de la operación efectuada entre partes vinculadas, de modo que nuestra postura no colisiona con las reflexiones del autor.

⁶⁶¹ UN-TMTP, par.1.1.8. *OECD 2015 Aligning Transfer Pricing Outcomes with Value Creation, Actions 8-10 – 2015 Final Reports*, par.6.114.

competencia porque un buen hombre de negocios aceptaría tal resultado. Debemos recalcar en este sentido que el análisis debe abarcar tanto a la parte vendedora como a la compradora, porque se requiere el consentimiento de ambas para que la operación tenga lugar⁶⁶². Para determinar el rango, se deben tener en cuenta todas las circunstancias que envuelven la transacción, en especial el poder de negociación de las partes.

El caso *McDonald's* sirve para ilustrar la importancia de este factor⁶⁶³. En este supuesto, la Corte Fiscal en Estados Unidos determinó que el aumento de valor de los intangibles controlados por McDonald's generado por la actuación de los franquiciados debía atribuirse por entero al franquiciador. Para alcanzar tal conclusión señalaron que el factor determinante en la creación de valor es la preferencia que el cliente manifiesta por la marca y no la preferencia del consumidor por acudir a un local franquiciado determinado. En este supuesto, se vislumbra cómo en una relación entre partes independientes, no existe compensación por parte de McDonald's a sus franquiciados por el hecho de que contribuyan a aumentar el valor de la marca a través de su actuación. La razón que explica tal ausencia de contraprestación es precisamente el nulo poder de negociación de los franquiciados frente al franquiciador, que impone sus condiciones ante el elevado número de peticiones de franquicia y su posición dominante en el mercado. De esta forma, en una situación comparable entre partes vinculadas, debido al análisis del poder de negociación de las partes, podría llegar a alcanzarse una solución similar, en que la ausencia de compensación o una compensación mínima estarían justificadas debido a ese desequilibrio en la posición de partida de cada parte.

En todo caso, aunque el resultado de la operación se sitúe fuera del margen absoluto de negociación, todavía cabe la posibilidad de alcanzar una solución basada en la realización de ajustes de valoración, sin necesidad de que éstos vayan precedidos de ajustes en las condiciones acordadas. Si partimos de la idea de que partes independientes no aceptarían un acuerdo a partir del cual su posición quedase mermada sin la debida contraprestación que equilibrase la balanza para otorgar viabilidad al mismo⁶⁶⁴. Este es el criterio preferido por la OCDE en la actualidad, expresado según

⁶⁶² *OECD 2015 Aligning Transfer Pricing Outcomes with Value Creation, Actions 8-10 – 2015 Final Reports*, par.6.112.

⁶⁶³ *Canterbury v. Commissioner* (1992, Tribunal Fiscal, Estados Unidos).

⁶⁶⁴ Vid. BELL, K (2008), p.400; ATKINSON; MORRIS (2009), p.12.

sus términos en conocer qué alternativa permitiría a las partes mejorar o proteger su posición⁶⁶⁵.

Por tanto, en caso de que una de las partes vea su situación mermada, será necesario calcular una compensación acorde a la que exigiría un operador independiente por la pérdida de potencial para generar beneficios⁶⁶⁶, teniendo en cuenta los costes de oportunidad derivados del rechazo de otras opciones disponibles⁶⁶⁷. Este mecanismo propiciará la consecución de un punto de equilibrio sobre el que ambas partes accedan a llevar a cabo la operación por entender que conviene a sus intereses económicos y comerciales individuales. La ventaja de este método reside precisamente en que logra mantener la estructura de la operación, sirviendo la compensación a los efectos de restablecer el equilibrio de prestaciones entre las partes, tal y como sujetos independientes hubiesen aceptado.

Para determinar un nivel óptimo de compensación es necesario hallar el punto en que las partes no dispongan de mejores alternativas sin que la otra parte vea empeorada su posición⁶⁶⁸. Esta idea se corresponde con el concepto de la mejor alternativa a un acuerdo negociado (*Best Alternative to a Negotiated Agreement*, BATNA)⁶⁶⁹, que servirá para escoger aquella alternativa que no sea peor que la siguiente mejor opción⁶⁷⁰. Tal y como hemos enunciado más arriba, el poder de negociación de las partes es un elemento crucial para determinar con precisión la frontera de posibilidades existentes en un caso concreto⁶⁷¹.

⁶⁶⁵ OECD 2014 BEPS Actions 8, 9 and 10. Draft on revisions to chapter I of the Transfer Pricing Guidelines (including risk, recharacterisation, and special measures), par.89. En una línea similar, KROPPE; SILVA (2011), p.51 señalan que la teoría económica señala que la elección de una opción sólo viola el concepto de “comportamiento económico racional” si hay otra opción que es dominante sobre ésta, lo que sucederá cuando ambas se comparen y la otra opción de lugar a un mejor resultado en términos económicos.

⁶⁶⁶ Las TPG plantean la opción de la compensación en TPG par.9.179.

⁶⁶⁷ JIE-A-JOEN; MOERER (2010), p.229.

⁶⁶⁸ Este punto se conoce como el óptimo de Pareto. Vid. CHEN (2013), p.343, KAMPHUIS; ZHANG (2009), p.760.

⁶⁶⁹ Dan cuenta de la utilidad de este método HERKSEN; JIE-A-JOEN; WALLART (2009), p.27; TOLIA; NANAVATI (2010), p.17. BLESSING (2010), p.168-170. Cfr. BAKKER; COTTANI (2008), p.279; OOSTERHOFF (2010), p.4. TOBIN (2009) señala que un análisis basado en el poder de negociación es adecuado para aumentar la precisión en el análisis, pero puede llevar aparejado costes de gestión muy elevados.

⁶⁷⁰ KAMPHUIS; ZHANG (2009), p.758.

⁶⁷¹ En el caso *DSG Retail Ltd and others v HMRC* (2009, Tribunal Fiscal, Reino Unido), el poder de negociación de las partes fue un elemento clave para la resolución del caso. ATKINSON; COOMBES (2009), p.14. VÖGELE et al. (2008), p.24 y BEETON; CARTER (2009), p.20 señalan que el empleo de

Conviene además trazar una distinción entre escenarios no cooperativos y escenarios cooperativos, puesto que dependiendo de las circunstancias del caso concreto, las partes podrían optar a la obtención de un mayor o menor rédito económico. En supuestos de no cooperación, el modelo Rubinstein indica que el negociador más paciente será quien tenga mayor poder de negociación y en consecuencia quien percibirá un mayor beneficio frente a la otra parte⁶⁷². Cabe señalar que la paciencia de un negociador puede explicarse a través de dos factores, a saber: la falta de urgencia para alcanzar el acuerdo por un lado y la existencia de otras alternativas disponibles igualmente atractivas por otro⁶⁷³.

A modo de ejemplo cabe citar el supuesto de una entidad que vende a otra un intangible de gran valor y potencial para generar beneficios por una suma a tanto alzado, a un sujeto que carece de la capacidad para explotar dicho activo. La OCDE propuso este caso como ejemplo de supuesto en el que la realización de un ajuste transaccional total era la solución más adecuada, al considerar que la operación jamás hubiese tenido lugar entre partes vinculadas⁶⁷⁴. Sin más información, entendemos que la conclusión propuesta es inadecuada. Habría que considerar, entre otros factores, la necesidad de obtención de liquidez por parte de la entidad vendedora. Si esta necesidad es acuciante, su poder de negociación será escaso debido a la impaciencia por vender el activo y en tal caso, el precio pagado a tanto alzado podría tener sentido entre partes independientes, a pesar de la pérdida de réditos futuros que supone desprenderse de un intangible con alto potencial para generar retornos.

También puede suceder que una empresa pierda capacidad para generar beneficios y no se encuentre en posición de reclamar compensación alguna. Por ejemplo, en un supuesto de restructuración que se lleve a cabo despojando a una empresa de funciones, activos y riesgos para asegurar su viabilidad futura porque carece de los medios para

conceptos de la teoría de juegos es muy útil en el ámbito del análisis de las alternativas a la hora de acometer operaciones entre partes independientes.

⁶⁷² La explicación económica de esta afirmación reside en que la parte más paciente a la hora de negociar llevará a cabo un menor descuento a futuro que la otra parte, más impaciente. Vid. POGOLEROVA (2015), p.396.

⁶⁷³ HENSHALL; BARRY (2011), p.13.

⁶⁷⁴ *OECD 2014 BEPS Actions 8, 9 and 10. Draft on revisions to chapter I of the Transfer Pricing Guidelines (including risk, recharacterisation, and special measures)*, par.91.

generar retornos que doten de viabilidad a su actividad, en realidad deberíamos plantearnos si es ésta empresa quien que deba compensar a la contraparte por su saneamiento⁶⁷⁵.

Además, pueden existir soluciones más eficientes para ambos operadores en conjunto derivadas de una posible cooperación⁶⁷⁶, como sucede por ejemplo en acuerdos de *joint venture* entre partes independientes⁶⁷⁷. En un escenario en que los intereses individuales son predominantes sólo se adoptará un acuerdo de este tipo si la parte que obtiene una mayor utilidad compensa a la parte cuya utilidad se ve menguada por la diferencia existente entre el óptimo de Pareto en un escenario no cooperativo –el punto de equilibrio en que ninguno de los agentes afectados puede mejorar su situación sin perjudicar al otro- y la opción más eficiente para el grupo.

En la siguiente tabla se propone un ejemplo en que aparece reflejado en términos numéricos el beneficio que cada parte obtendrá según la solución acordada⁶⁷⁸:

	NEGOCIADOR A	NEGOCIADOR B	TOTAL
SOLUCIÓN 1	350	300	650
SOLUCIÓN 2	525	340	865
SOLUCIÓN 3	440	325	765
SOLUCIÓN 4	475	340	840
SOLUCIÓN 5	620	320	940

Si entendemos que ambas partes son independientes y su preocupación es maximizar el beneficio individual, la solución que se corresponde con el óptimo de Pareto es la 2, ya que no pueden variar su posición a mejor sin empeorar la del otro operador. No obstante, la solución 5 es la que da un resultado conjunto mayor. Las partes se

⁶⁷⁵ Vid. TPG, par.9.65 donde se indica que el principio de plena competencia no requiere compensación por una mera disminución en las expectativas de obtención de beneficios”. Vid. HERKSEN; JIE-A-JOEN; WALLART (2009), p.23; DYKES; CYPHER (2010), p.52. HICKMAN, A (et al.) (2011), p.27-28.

⁶⁷⁶ Vid. FRIS (2003), p.199, 202.

⁶⁷⁷ PELLEFIGUE (2015), p.99.

⁶⁷⁸ Ejemplo inspirado en el supuesto mencionado en KAMPHUIS; ZHANG (2009), p.760.

plantearán esta alternativa cuando se percaten de que a través de la cooperación pueden obtener mayores beneficios, de manera que en este supuesto si ambas persiguen su propio intereses de manera racional, deberán a su vez tomar en consideración una alternativa a nivel colectivo⁶⁷⁹. Dado que el negociador A será quien se beneficie de la opción, debería compensar a B por la pérdida que sufre (20).

La ganancia derivada de la cooperación es igual a 75 (resultante de restar a los 620 que ganaría el negociador A tanto los 20 que sirven de compensación a B como los 525 que hubiese obtenido de haber optado por la solución 2). Este es un valor que el *arm's length principle*, tal y como está articulado, obvia por completo, porque partiendo de sus premisas la opción óptima es la solución 2, en que cada parte vela por sus intereses. El negociador B sólo preferirá adoptar la solución 5 si recibe una parte de la ganancia por cooperar. Para dividir el beneficio derivado de la cooperación se ha propuesto el empleo del *valor de Shapley*, modelo que toma como referencia en el reparto el valor referido a la contribución de cada parte en los beneficios derivados de la relación de cooperación⁶⁸⁰.

Debemos advertir de nuevo que el empleo de una u otra alternativa –modelo no cooperativo y modelo cooperativo- dependerá de las circunstancias del caso. De hecho, la mayor parte de este tipo de interacciones estratégicas mezclan elementos de interés propio con otros de interés común⁶⁸¹. Cabe resaltar en todo caso que ambos modelos no son excluyentes, siempre y cuando reflejen aquello que partes independientes hubiesen acordado bajo unas circunstancias concretas. Con todo, en el siguiente apartado analizaremos el criterio adecuado para escoger la alternativa más adecuada.

A nuestro entender, la posibilidad de calcular una compensación que satisfaga a ambas partes es el método más depurado y menos lesivo para evitar la realización de ajustes transaccionales puesto que no implica el desconocimiento de elemento alguno de la operación, sino la modulación de la contraprestación económica de la parte que se ve beneficiada económicamente de la operación en mayor grado a la parte cuya posición se

⁶⁷⁹ CHEN (2013), p.341.

⁶⁸⁰ POGOLEROVA (2015), p.396. Contra, HAMAKERS (2002), p.59, defiende que no existen pautas para dividir el beneficio derivado de la cooperación. Las TPG por su parte sí contienen recomendaciones acerca de la atribución de ganancias residuales en par.2.121 et seq.

⁶⁸¹ POGOLEROVA (2015), p.401.

ve perjudicada. De esta forma se alcanza un equilibrio admisible para un hombre de negocios razonable desde la perspectiva de ambas partes.

El caso *Peugeot* es un buen ejemplo que sirve para ilustrar un supuesto en que se podría haber evitado la realización de ajustes transaccionales. La entidad PCAE -residente en España- adquiere créditos que otras entidades de grupo ostentan contra PCARG -residente en Argentina-, para a continuación aportarlos a esta entidad a través de una ampliación de capital. Una vez PCAE ha logrado aumentar su participación en PCARG, dota una provisión por depreciación del valor de dichas acciones de acuerdo con la pérdida de valor que han sufrido por el impacto de la crisis económica y cambiaria que aconteció en Argentina en 2001⁶⁸². La Audiencia Nacional admite la no deducibilidad propuesta por la administración de la provisión correspondiente a las acciones obtenidas tras la ampliación⁶⁸³, lo cual supone la realización de un ajuste transaccional consistente en el desconocimiento de la operación de adquisición de créditos por parte de PCAE. El único argumento que emplea el Tribunal para respaldar el ajuste consiste en afirmar que partes independientes no hubiesen adquirido créditos contra sociedades argentinas dada la situación económica por la que atravesaba el país. La ausencia de motivación ante la gravedad del ajuste admitido impide una crítica de fondo del razonamiento -o más bien, ausencia de razonamiento- del juzgador.

No cabe duda de que en este caso podría haberse alcanzado una solución satisfactoria a través de la modificación de la compensación abonada por parte de PCAE a las entidades vinculadas a la hora de adquirir los créditos empleando los parámetros citados en el presente apartado. De hecho, el contribuyente propone centrar los términos de la discusión en el ámbito de la valoración de este elemento de remuneración a través de informe pericial, cuya revisión descarta el Tribunal afirmando que “lo que se recalifica (sic.) es la propia operación”. Al margen del error de concepto en que se incurre al entender que el problema que se plantea es de calificación⁶⁸⁴, los ponentes de la sentencia despachan el planteamiento aferrándose a una asunción incorrecta, pues la realización del ajuste transaccional que el tribunal confunde con un supuesto de

⁶⁸² SAN 11 diciembre 2014, caso *Peugeot* (2014, Audiencia Nacional, España).

⁶⁸³ Id., FJ 11º.

⁶⁸⁴ La normativa sobre precios de transferencia no es apta para recalificar la operación, sino que surtirá efectos siempre en el plano de la valoración. Vid. *supra* apartado 3.2.

recalificación⁶⁸⁵, se podría haber evitado de haber admitido un ajuste de la compensación en los términos descritos.

4.2. Consecuencia jurídica: ajuste que suponga la mínima intervención posible.

Una vez acreditada la ausencia de comparables y la imposibilidad de aplicar métodos no convencionales para constatar que partes independientes hubiesen acordado los mismos términos en las circunstancias similares, la consecución de un ajuste transaccional será la única vía para dar cumplimiento al mandato *at arm's length*. Sólo a partir de este momento se puede plantear la realización de ajustes sobre los hechos de la operación en sí. Cabe señalar a este respecto que el distanciamiento respecto de la base fáctica debe ser un instrumento de última ratio que sólo surge ante la imposibilidad de dar cumplimiento a la ficción jurídica que el mandato *at arm's length* impone a través de otras vías.

El presente apartado se centra en analizar la manera en que se debe plantear la alternativa que sirva como referencia para efectuar el ajuste transaccional correspondiente sobre la operación acometida entre partes vinculadas. Comenzaremos analizando las pautas que las TPG proponen y una vez constatada su incapacidad para plantear siquiera su construcción, propondremos un modelo basado en la nota de excepcionalidad que caracteriza a los ajustes transaccionales, concretado en torno al concepto de proporcionalidad en el ajuste.

4.2.1. Carencia de parámetros adecuados en las TPG.

Si bien las TPG se afanan en establecer pautas que concreten los supuestos en que la realización de ajustes transaccionales sería oportuna, tal esfuerzo no se percibe en la cuestión referida al modo en que éstos deben practicarse, esto es, en lo relativo a la consecuencia de su aplicación. Por un lado, se indica que si la sustancia económica

⁶⁸⁵ A estos efectos, el Tribunal se apoya en el contenido del art.13 LGT.

difiere de la forma de la operación, ésta se deberá recharacterizar de acuerdo con la sustancia⁶⁸⁶. Dicho criterio es tan difuso como el propio concepto en que se basa⁶⁸⁷. En todo caso, en el apartado anterior hemos tenido ocasión de comprobar que este último factor se refiere en realidad a la estructura que partes independientes hubiesen escogido en circunstancias similares. No obstante, el abanico de alternativas que se abre una vez constatada la necesidad de modificar los elementos de la operación puede abarcar más de una solución y el señalado criterio no sirve para escoger la opción más adecuada.

Por otro lado, en el ámbito de la segunda excepción, referida al criterio de lógica comercial, se indica que la modificación de los términos debe tomar como referencia aquello que partes independientes hubiesen acordado, para así reflejar la racionalidad comercial que subyace a esta alternativa⁶⁸⁸. Aunque el reproche plasmado en el párrafo anterior es plenamente trasladable a este ámbito, debe admitirse que en este caso las TPG sí realizan un esfuerzo mayor, al establecer que sólo la alternativa debe ser una “opción verdaderamente disponible” (*realistically available option*) y “claramente más atractiva” (*clearly more attractive*)⁶⁸⁹. Sin embargo, estos parámetros no sirven como medida de referencia para la realización de este tipo de ajustes. A continuación explicaremos los motivos que conducen a sostener una crítica tan severa.

Primero, al adoptar como referencia la operación acometida entre partes vinculadas, cabe señalar que ésta jamás será una “opción verdaderamente disponible” para la entidad, puesto que de lo contrario la realización de ajustes transaccionales habría quedado descartada de antemano. Así, cualquier alternativa plausible será preferible a los términos de la transacción original.

La referencia que se debe adoptar a la hora de efectuar el análisis acerca de las posibles alternativas sobre las que basar la realización de un ajuste transaccional, reside en las posibilidades de configuración que se le plantean de manera razonable desde un punto de vista comercial a una empresa independiente en las mismas circunstancias que su homóloga relacionada. Con todo, señalar que una opción se encuentra “disponible” no

⁶⁸⁶ TPG par.9.183.

⁶⁸⁷ Vid. SKINNER (2005), p.198.

⁶⁸⁸ TPG par.9.184.

⁶⁸⁹ TPG par.9.175. *OECD 2014 BEPS Actions 8, 9 and 10. Draft on revisions to chapter I of the Transfer Pricing Guidelines (including risk, recharacterisation, and special measures)*, par.89.

resuelve en absoluto el problema, sino que simplemente enuncia un axioma: la alternativa debe basarse en una opción existente y no en una opción inexistente para la entidad bajo análisis, afirmación equivalente a señalar que la alternativa debe basarse en lo posible y no en lo imposible. Esta afirmación, aunque correcta, no contribuye en modo alguno a concretar qué opción, de entre las distintas posibles, será la más adecuada ante un supuesto determinado. Probablemente su inclusión responde a una asimilación acrítica de la regulación estadounidense en la materia⁶⁹⁰. En este sentido, el texto de las *Regulations* indica que la inspección podrá considerar alternativas disponibles para el contribuyente en operaciones vinculadas al determinar si los términos de tales operaciones serían aceptables para “un *contribuyente no vinculado* al que se presentan *las mismas alternativas* y que opera bajo circunstancias similares” (la cursiva es nuestra)⁶⁹¹. Por las razones comentadas, el planteamiento descrito no aporta elemento de juicio alguno que sea de utilidad a los efectos señalados.

Segundo, las TPG indican que la alternativa de referencia, en caso de que sea necesario llevar a cabo un ajuste transaccional, debe ser “claramente más atractiva” que la efectivamente acometida⁶⁹². De nuevo encontramos un criterio no apto para determinar alternativas sobre las que basar un ajuste transaccional, puesto que la premisa propuesta siempre se cumplirá: cualquier opción será más atractiva que la operación según ha sido estructurada por los sujetos vinculados, ya que partes independientes jamás entrarán a valorar la pertinencia de una operación que no pueden acometer, esto es, la operación vinculada original⁶⁹³.

4.2.2. La definición de la alternativa adecuada a partir de parámetros objetivos.

Una vez descartados los criterios que las TPG emplean en la definición de alternativas que sustenten la realización de un ajuste transaccional, cabe afirmar que la ausencia de

⁶⁹⁰ Sec. 482 IRC, Treas. Regs. 1.482.

⁶⁹¹ Treas. Regs. 1.482-1.f.2.ii). Cabe destacar el cambio de posición de la OCDE al respecto de la relevancia del criterio de las alternativas realmente disponibles, ya que el informe *OECD 1993 Reports of the Task Force of the OECD Committee on Fiscal Affairs on US Transfer Pricing Proposed Regulations* see criticó con dureza este parámetro tal y como estaba implementado en la normativa estadounidense y sin embargo, en las TPG de 1995 se introdujo sin mayor problema.

⁶⁹² TPG par.9.59, 9.60, 9.61 9.175, 9.176.

⁶⁹³ TPG par.9.175 en la versión inglesa se lee: “will not enter into a transaction *if they see an alternative* clearly more attractive [...]” (la cursiva es nuestra).

pautas apropiadas al respecto resulta inadecuada, en especial porque este aspecto es esencial para definir su régimen jurídico. La determinación de una referencia sobre la que basar estos ajustes es esencial para garantizar el mínimo de certeza y la coherencia con el análisis de comparabilidad que fundamentan su inserción en el principio *at arm's length*. Por este motivo, a continuación trataremos de elaborar un modelo sobre el que fundamentar la realización de ajustes transaccionales basado en la excepcionalidad que caracteriza a esta figura, concretada en la idea de mínima intervención sobre el resultado alcanzado en la operación vinculada objeto de análisis.

Dentro de un abanico mayor o menor de posibilidades a la hora de articular una operación concreta, se requieren parámetros para determinar un espectro válido de posibles alternativas que partes independientes podrían considerar a la hora de estructurar una operación. Esta no será una tarea fácil en tanto dos empresas independientes en circunstancias similares podrían sin embargo discrepar acerca de la opción que consideran más apropiada⁶⁹⁴, por ejemplo porque sus niveles de aceptación del riesgo son diferentes, por la estrategia de mercado que adopten, por lo acertado de las proyecciones a futuro a la hora de planificar una nueva operación, etc⁶⁹⁵. Incluso en ciertos supuestos escoger una opción u otra no responde a criterios racionales sino de mera oportunidad⁶⁹⁶. Por todo ello, no existirá una respuesta unívoca sino un rango de posibilidades aceptables⁶⁹⁷.

Una vez descartado el empleo de criterios subjetivos para determinar la operación alternativa que acometerían partes independientes como guía necesaria para acometer ajustes transaccionales, es necesario fijar un método objetivo que supere los problemas planteados.

4.2.2.1. Ajuste de las condiciones que partes independientes no hubiesen acordado.

⁶⁹⁴ Vid. *OECD 2014 BEPS Actions 8, 9 and 10. Draft on revisions to chapter I of the Transfer Pricing Guidelines (including risk, recharacterisation, and special measures)*, par.88.

⁶⁹⁵ BULLEN (2011), p.559.

⁶⁹⁶ BULLEN (2011), p.562.

⁶⁹⁷ Hecho éste que guarda evidente similitud con la determinación de rangos de precios considerados todos ellos *at arm's length*. Vid. TPG par.3.55 et seq.

En el ámbito de la definición de alternativas sobre las que basar un ajuste transaccional, el *arm's length principle* exige tomar como referencia el acuerdo que partes independientes hubiesen adoptado en unas circunstancias determinadas y con unas limitaciones definidas en un momento concreto. El método para concretar la alternativa más próxima requiere tener en cuenta todos los detalles y circunstancias⁶⁹⁸ tanto de las empresas que llevan a cabo la operación –su situación financiera, su nivel de aversión al riesgo, su posicionamiento en el mercado, etc.- como de la operación en particular – configuración de derechos y obligaciones, previsión de compensaciones derivadas de desequilibrios contractuales, asignación de riesgos, etc.- y de las circunstancias en que se efectúa –momento de la operación, segmento de mercado, indicadores macroeconómicos, etc.-⁶⁹⁹. El examen deberá ponderar la situación de ambas partes, en tanto cada una defenderá sus intereses en un entorno transaccional interdependiente. Se debe tener en cuenta además la probable evolución de su posición, puesto que en ningún caso se debería asumir que cierto modelo de negocio va a generar siempre la misma rentabilidad⁷⁰⁰.

A pesar de que empresas independientes no considerarían la opción acometida entre partes vinculadas como una posibilidad de actuación, ésta sigue siendo relevante porque servirá de referente en la determinación de posibles alternativas, que deben guardar necesariamente paralelismo con la operación efectivamente realizada. De lo contrario, nos hallaríamos ante un vacío insalvable ya que no existiría un punto de partida sobre el que asentar los ajustes que necesariamente se han de llevar a cabo para acercar los hechos de la operación al comparable entre partes independientes más cercano. De este modo, las características de la operación vinculada son esenciales no sólo para corroborar la posibilidad de acometer de manera adecuada el análisis de comparabilidad sino también para servir de referente a la hora de practicar un ajuste transaccional.

La excepcionalidad en la realización de ajustes transaccionales impone que los ajustes en los elementos de la operación deberían ser los imprescindibles y estrictamente

⁶⁹⁸ En el mismo sentido vid. FRIS (2003), p.196.

⁶⁹⁹ Las TPG reconocen esta idea en diversas partes del texto, a saber par.9.186: “el hecho de que se puedan considerar o no los datos que arroje una alternativa concreta dependerá de los hechos y de las circunstancias de cada caso”; par.9.176: “al evaluar si una parte dispone realmente, en condiciones de plena competencia, de opciones más atractivas que la reestructuración, debe prestarse atención a todas las condiciones...”.

⁷⁰⁰ BELL, K. (2008), p.401.

necesarios para amoldarla a aquello que partes independientes hubiesen acordado, pero respetando la estructura acordada entre las partes vinculadas en lo posible para lograr este objetivo. La desviación respecto del criterio *at arm's length* justifica la necesidad de ajustar las condiciones de la operación, pero sólo en aquellos elementos necesarios para alcanzar un resultado de plena competencia⁷⁰¹. Esta aproximación se concreta en una idea de mínima intervención y su fundamentación se basa en los siguientes argumentos.

Primero, es la única manera de respetar al máximo posible la libertad negocial de los sujetos intervinientes. El *arm's length principle* impone una ficción en el ámbito tributario que obvia la voluntad de las partes expresada sobre un negocio concreto y que repercutirá sobre su valoración, pero normalmente respetando el negocio tal y como ha sido conformado por las partes. Ante la medida excepcional de realización de ajustes transaccionales, es deseable mantener esta estructura intacta en la medida de lo posible para alterar lo menos posible la configuración del negocio, expresión de la autonomía de voluntad de quien lo ha llevado a cabo. De esta forma, la realidad jurídico-privada del negocio se verá menos comprometida frente a otras opciones más radicales, como por ejemplo el desconocimiento total de la operación⁷⁰².

Segundo, el análisis de comparabilidad funda su aplicación en la correcta determinación de los hechos de la operación entre partes vinculadas. La introducción de modificaciones en este sentido puede provocar distorsiones en la consecución del análisis de comparabilidad, de modo que es preferible optar por modificar los elementos imprescindibles que rodean la operación, para lograr que el análisis sea lo más fiable posible.

Tercero, ante la falta de comparables, el único punto de referencia para configurar una alternativa válida es la propia operación vinculada, sobre la que deberá concretarse qué aspectos son extraños a las condiciones que partes independientes hubiesen pactado⁷⁰³.

⁷⁰¹ TPG par.9.187. BULLEN (2011), p.575.

⁷⁰² Cfr. en Australia, sec.815-830 (4) ITAA 1997 en que se deja abierta la posibilidad de desconocer totalmente una operación acometida entre partes vinculadas y calcular la base imponible de la entidad objeto de ajuste en consecuencia.

⁷⁰³ TPG par.1.65.

Su semejanza responde por tanto a una razón práctica resultante de la metodología propuesta.

La normativa australiana refleja esta medida de proporcionalidad a la hora de proponer alternativas. El texto de desarrollo de pautas en la materia elaborado por la administración, se refiere continuamente a la necesidad de respetar en lo posible la “sustancia” de la operación acometida entre partes vinculadas, de tal manera que sólo se modifiquen aquellos elementos que impidan el buen término del análisis de comparabilidad⁷⁰⁴.

El mejor ejemplo que ilustra los problemas que se plantean ante la perspectiva del desconocimiento total de los efectos de una operación en el ámbito tributario es el contenido en el informe BEPS de 2014 relativo al establecimiento de pautas para modificar los términos de operaciones vinculadas⁷⁰⁵. La sociedad P, residente en el Estado P, es la matriz de un grupo multinacional. La sociedad S1, filial de ésta y residente en el mismo Estado, es propietaria de una marca muy valiosa que explota mediante la venta de productos asociados a la misma. Para aumentar el valor de la marca, S1 lleva a cabo importantes inversiones en marketing. Su estrategia de negocio depende de la explotación de este activo. Sin embargo, la sociedad S2, perteneciente al grupo y residente en un territorio de baja tributación, adquiere el intangible a cambio de un pago único de 400 millones de dólares. S2 acuerda con S1 que ésta proveerá servicios de marketing para mejorar el valor de la marca y gestionarla adecuadamente, a cambio de una retribución adecuada a estas funciones. S2 dispone de empleados que se encargan de gestionar, monitorizar y encauzar el uso de la marca, pero no tienen la capacidad de explotarla, función que lleva a cabo S1.

⁷⁰⁴ Ruling TR 2014/D3, par.34: “Siempre que se carezca de comparables exactos del mundo real, será suficiente con identificar qué habrían hecho partes independientes a través de referencias a operaciones alternativas o acuerdos que reflejen al máximo la sustancia de la relación objeto de modificación, siempre que se puedan llevar a cabo ajustes apropiados sobre las diferencias materiales existentes”; par.35: la operación alternativa “puede retener y rechazar elementos de la operación original y puede incluir elementos adicionales que partes independientes hubiesen acordado”; par.38: “Las relaciones comerciales o financieras efectivamente acordadas por partes vinculadas serán desconocidas siempre y cuando difieran de aquello que partes independientes hubiesen acordado”.

⁷⁰⁵ *OECD 2014 BEPS Actions 8, 9 and 10. Draft on revisions to chapter I of the Transfer Pricing Guidelines (including risk, recharacterisation, and special measures)*, par.90.

Indica la OCDE que la alternativa de no llevar a cabo la operación de venta del intangible a cambio del pago a tanto alzado hubiese permitido a S1 proteger o mejorar su situación comercial o financiera porque hubiese retenido el activo que era clave para el desarrollo de su negocio.

En una primera aproximación sería necesario valorar si se puede acometer un análisis de comprabilidad adecuado. En caso de que existan comparables o se determine que partes independientes hubiesen aceptado la venta de este activo a cambio de un precio a tanto alzado –por ejemplo, en casos en que la entidad vendedora necesite liquidez de manera urgente-, la realización de ajustes transaccionales no será acorde al *arm's length standard*. De hecho, si el análisis se realiza teniendo en cuenta que S1 se desprende de la explotación de un activo que acarrea riesgos a cambio de una cantidad que quizá se corresponde con el valor del intangible en términos actualizados -no lo sabemos debido a lo escueto de la información en relación al ejemplo-, probablemente, tras la venta S1 no ve empeorada su posición en términos económicos⁷⁰⁶.

Sin embargo, el mayor reproche que se puede realizar de este planteamiento es la ausencia de criterios sobre las consecuencias derivadas de ignorar la operación respecto de ejercicios futuros, puesto que desde una perspectiva jurídico-privada el intangible es propiedad del comprador –S2 en el caso- y genera beneficios que derivan de la explotación que este sujeto lleva a cabo del activo. Si consideramos que la venta del intangible no se ha efectuado, ¿qué rentas deberían atribuirse a S1?. La única certeza constatable es que las rentas que ha obtenido el comprador no son directamente atribuibles, puesto que el uso del intangible por parte de ambos sujetos será en todo caso diferente, atendiendo a las circunstancias de cada sociedad y de su capacidad para explotar el bien de tal forma que genere beneficios. Por otra parte, ¿se permitiría la deducción de gastos asociados a la explotación del intangible? ¿sobre la base de qué estimaciones?. En caso de que S2 enajene el intangible a un tercero independiente, ¿qué efectos tiene esta venta para S1? ¿debería efectuarse una atribución del precio a S1? Estas preguntas carecen de respuesta unívoca y mediante su formulación únicamente pretendemos evidenciar que un planteamiento como el propuesto resulta totalmente insostenible.

⁷⁰⁶ VERLINDEN et al. (2015), p.5.

Con todo, si se determina que la modificación de las condiciones de la operación es necesaria, bastaría concretar tal práctica en la inclusión de una cláusula de revisión de precios en el contrato, que mantuviese la transmisión de la propiedad intacta a la vez que permitiese al vendedor percibir retornos *at arm's length* por haberse desprendido del intangible. De hecho, una solución semejante se propone al hilo del segundo ejemplo propuesto en el informe final de 2015 -en que, además, el caso relativo a las entidades S1 y S2 planteado más arriba desaparece- referido en esta ocasión al pago de una suma a tanto alzado por parte de una entidad a cambio de los frutos de la investigación durante un plazo de 20 años de una sociedad relacionada⁷⁰⁷. La realización de ajustes transaccionales de esta forma son aplicados de forma proporcional para que las condiciones de la operación sean conformes al criterio *at arm's length*.

En la *Ruling* emitida por la administración australiana, se ofrece un ejemplo de supuesto en que partes independientes no hubiesen llevado a cabo la operación que es más razonable⁷⁰⁸. Supongamos que AusCo es una fabricante de bienes de consumo, matriz de ForCo, que actúa como intermediaria entre AusCo y sus clientes, cuya función principal es la gestión de cobros y pagos, para la cual emplea a dos personas. En las ventas que se efectúan, el traspaso de propiedad se efectúa de AusCo a ForCo para a continuación realizar la transmisión a terceros independientes⁷⁰⁹. Supongamos que ForCo se compromete mediante contrato a gestionar y mitigar el riesgo por pago tardío de los clientes no relacionados, a cambio de una retribución equivalente al 2% del margen bruto en ventas. No obstante, la administración descubre que AusCo solamente acuerda realizar ventas a partes independientes si éstas aportan garantía de pago emitida por un tercero. La administración indica que en ese caso no hay riesgo de pago tardío, por lo que la operación jamás tendría lugar entre partes independientes.

Este supuesto refleja mejor que el anterior la idea de ausencia de relaciones comerciales o financieras. Parece evidente que ante la ausencia de riesgo, una empresa

⁷⁰⁷ OECD 2015 *Aligning Transfer Pricing Outcomes with Value Creation, Actions 8-10 – 2015 Final Reports*, par.1.128.

⁷⁰⁸ Vid. Ruling TR 2014/D3, par.130.

⁷⁰⁹ En inglés se emplea la expresión *flash title basis* para describir esta situación, indicando que el traspaso de propiedad es inmediato, sin que sea necesaria una aprehensión de los bienes por parte del intermediario.

independiente no abonará cantidades a cambio de asegurarse frente al mismo. Ahora bien, en el supuesto planteado por la administración australiana, cabe dudar de la inexistencia total de riesgo, al menos por dos razones. Primero, el hecho de que exista una garantía no implica una protección del riesgo por pago tardío, ya que la cuantía en todo caso se percibiría al ejecutarla después de haber transcurrido el plazo de pago acordado, lo que podría redundar en problemas de caja para AusCo. Segundo, porque no se conocen las condiciones de la garantía y si se requiere solamente una solicitud por parte del asegurado para ejecutarla o si hay que probar el retraso en el pago. Es por ello que el supuesto se debe resolver no a nivel de determinación de hechos sino a través de la realización de ajustes transaccionales.

Un supuesto acertado relativo al desconocimiento de la operación se plantea al hilo del informe final BEPS sobre precios de transferencia⁷¹⁰. La sociedad S1 es una fabricante cuya actividad empresarial requiere mantener un inventario elevado y realizar inversiones importantes en edificios y maquinaria. Posee propiedades comerciales situada en un área sometida a constantes inundaciones cuya frecuencia se ha agravado en los últimos años. Las empresas aseguradoras tratan de evitar la incertidumbre referida a una exposición excesiva a reclamaciones masivas, de tal forma que no existe mercado de seguros en el área comentada. La sociedad S2, asociada a S1, extiende una póliza a cambio de una prima anual equivalente al 80% del valor del inventario y propiedades de ésta. Según la OCDE, en el presente ejemplo, la operación acordada adolece de irracionalidad comercial, en tanto no existe mercado de seguro debido a la frecuencia de siniestros que implican el pago de compensaciones. La reubicación de la actividad de S1 o la no suscripción de la póliza por parte de S2 son alternativas más realistas. Dado que la operación es irracional, no existe un precio al que S1 y S2 puedan acordar atendiendo a sus intereses individuales.

A nuestro parecer, antes de acordar la realización de ajustes transaccionales sería necesario comprobar si el acuerdo alcanzado por ambas partes se sitúa en el umbral absoluto de negociación a que hacíamos referencia en la propuesta relativa al empleo de parámetros no convencionales (*hypothetical arm's length test*). De no ser así y en caso de que se demuestre que partes independientes jamás hubiesen acordado suscribir tal

⁷¹⁰ OECD 2015 *Aligning Transfer Pricing Outcomes with Value Creation, Actions 8-10 – 2015 Final Reports*, par.1.126.

póliza de acuerdo a las circunstancias descritas, sólo entonces el desconocimiento de la operación será acorde con el principio de plena competencia.

Las circunstancias de los sujetos que realizan la operación no pueden ser obviadas, de modo que no se deben articular alternativas cuyo contenido pueda ser contrario a esta realidad. En este sentido, la exigencia de excepcionalidad de los ajustes transaccionales demanda que el planteamiento de alternativas, además de centrarse en el elemento que contravenga el principio de plena competencia (*alleged non-arm's length feature*)⁷¹¹, guarde una mínima identidad con respecto a la operación que partes vinculadas han llevado a cabo. Existen diversos ejemplos para ilustrar esta afirmación; desde la imposibilidad de plantear que una empresa mantenga determinados niveles de producción cuando en realidad carece de capacidad suficiente para siquiera llevar a cabo la actividad que se plantea, hasta supuestos en que una renta se recalifique como dividendo cuando en realidad la entidad distribuidora incurre en pérdidas y en consecuencia sea imposible que desde un punto de vista jurídico-privado se pueda repartir beneficios. Las TPG señalan como ejemplo en este sentido, que si al hilo de un proceso de restructuración empresarial se ha procedido al cierre de una fábrica, se transmite un bien de una parte a otra o se deslocalizan funciones empresariales, estos hechos no puede ser desconocidos a la hora de plantear alternativas⁷¹².

Por este motivo, dentro del marco descrito, es fundamental especificar las circunstancias que afectan a cada parte para que las alternativas se conformen correctamente, como pueden ser por ejemplo el nivel de aversión al riesgo, las proyecciones que cada una realice acerca del negocio que más les conviene, las repercusiones de la consecución de la operación más allá de parámetros de puro beneficio -en términos de marca, reputación o similares-, el nivel de información acerca del entorno y de la contraparte, la estrategia a corto, medio y largo plazo –expansiva, conservadora, etc. - y cualquier otro factor que ayude a comprender las vicisitudes del entorno y las características de las partes que conforman el elemento subjetivo de la operación⁷¹³.

⁷¹¹ Expresión introducida por BULLEN (2011), p.397.

⁷¹² TPG par.9.187.

⁷¹³ BULLEN (2011), p.559.

Además, el planteamiento de alternativas se ha de circunscribir al momento en que las partes conciertan el acuerdo, no a momentos posteriores en que las consecuencias del acuerdo según ha sido formulado entre partes vinculadas han tenido lugar. En la práctica, buena parte de problemas relacionados con el aspecto temporal de la operación se manifestarán debido a la discordancia resultante de la utilización de comparables externos⁷¹⁴, ya que la información acerca de los mismos no es pública ni es accesible de manera inmediata. Este factor es importante a la hora de plantear la necesidad de realizar ajustes de comparabilidad que contribuyan a suprimir tales diferencias.

Con todo, desde la perspectiva del análisis de comparabilidad, es posible diferenciar dos aproximaciones que guardan en común un reflejo fiel de la reacción de partes independientes ante unas circunstancias determinadas, sólo que en dos momentos temporales distintos: el enfoque de fijación de precios y el enfoque de la comprobación del resultado⁷¹⁵, también conocidos como aproximaciones *ex ante* y *ex post*, respectivamente⁷¹⁶.

La OCDE y buena parte de la doctrina abogan por atender a las circunstancias en el momento de realizar la operación y no a información nueva o inaccesible para las partes que aunque relevante, no podía ser considerada, tanto desde un aspecto extrínseco – ciclo económico⁷¹⁷, tipos de cambio, etc.- como intrínseco –conocimientos y experiencia de las partes en el momento de la consecución del acuerdo- sin que la administración pueda entrar a valorar elementos posteriores a este momento⁷¹⁸. Un ejemplo especialmente ilustrativo de lo comentado reside en la atribución de riesgos. La

⁷¹⁴ No sucederá así con los comparables internos ya que se encuentran a disposición de la empresa en cuestión. Vid. TPG par.3.24.

⁷¹⁵ FRIS; GONNET (2006), p.3. SCHWEMIN (2014), p.1155-1156.

⁷¹⁶ Vid. TPG par.3.69; WITTENDORFF (2010), p.314-315; BULLEN (2011), p.309 et seq; TREMBLAY (2011), p.601-602; WITTENDORFF (2012), p.89.

⁷¹⁷ Vid. MAISTO (1992), p.28; BELL (2009a), p.161; WOLOSOFF; POWELL (2011), p.73 se refieren a la crisis iniciada en 2007 como el mejor ejemplo de factor externo incontrolable que surge de manera repentina en un momento temporal determinado.

⁷¹⁸ Vid. BULLEN (2011), p.306-307. La postura antagónica se conoce como enfoque *ex post* y se emplea para efectuar ajustes basados en acontecimientos posteriores a la consecución de la operación. El mejor ejemplo lo constituye el *Commensurate With Income standard* (CWI) estadounidense por el cual se permiten ajustes de precios de transferencia basados en datos posteriores relacionados con la generación de rentas por parte de activos intangibles. Vid. Secciones 367(d), 482 y 936(h) IRC, 1.482-4(a), FULLER (2012), p.572; WITTENDORFF (2012b), p.91 et seq.

medida de los riesgos sólo tiene sentido *ex ante*, puesto que *ex post*, cuando ya se han materializado, el elemento de incertidumbre desaparece⁷¹⁹.

A esto se añade que, de considerar lo contrario, la aplicación de la normativa sobre precios de transferencia daría lugar a una incertidumbre continua, pues surgiría constantemente la necesidad de revisar las consecuencias de operaciones realizadas en el pasado, cuya valoración y documentación carecerían de sentido ante la perspectiva de nuevos ajustes. Además, es el contribuyente quien debe lidiar en primer lugar con la correcta aplicación del *arm's length principle*, que servirá al propósito de calcular la base imponible del impuesto al momento de su autoliquidación, de forma que necesariamente tendrá en cuenta sólo las circunstancias en el momento de efectuar la operación. De otra forma, la asimetría generada entre la posición del contribuyente, con información imperfecta, respecto del empleo de información perfecta sobre situaciones ya consolidadas como base para la realización de ajustes por parte de la administración, es inadmisibles. En este sentido, es posible trazar cierto paralelismo entre la prohibición de emplear un enfoque *ex post* y el uso de comparables secretos⁷²⁰, ya que ambas opciones vulneran tanto el *arm's length principle* -porque omiten las circunstancias de la operación al momento de su conformación- como el principio de igualdad de armas, derivado del derecho a un juicio justo, presente en la norma fundamental de todo Estado que se precie de Derecho y en ciertos acuerdos internacionales⁷²¹. Si se permite la realización de ajustes por parte de la administración una vez disipada la incertidumbre del momento en que el contribuyente efectúa el análisis de precios de transferencia, es evidente que no hay posibilidad de defensa por parte de este último; de ahí el desequilibrio de las posiciones de ambas partes. En tal situación, el contribuyente no podría probar en contrario que actuó de manera diligente en el momento de documentar la operación, porque esa realidad se vería rebasada por los acontecimientos futuros

⁷¹⁹ Vid. Treas. Regs. 1.482-1(d)(3)(iii)(B). Vid. SKINNER (2005), p.182.

⁷²⁰ Es necesario precisar en todo caso que el empleo de comparables secretos per se implica ausencia de prueba y por tanto genera indefensión. Si por el contrario se permite el uso de comparables susceptibles de revisión en sede jurisdiccional sin que el contribuyente pueda contrastar su veracidad y su idoneidad, entonces el principio de igualdad de armas se ve vulnerado, porque el contribuyente debe ser capaz de revisar los comparables propuestos por la administración y tener posibilidad de contradicción.

⁷²¹ De hecho, en un caso relativo al uso de comparables secretos, un tribunal de primera instancia turco determinó la aplicación de este principio basándose en el caso *Heinrich c. Francia* del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Vid. *PWC 2015 Turkey: the use of secret comparable data is held to conflict with precedent of the European Court of Human Rights*.

sobre los que la administración basaría el ajuste *ex post*. Es por estos motivo que el enfoque *ex post* debe reputarse en principio contrario al criterio *at arm's length*⁷²².

Otro foco de discusión lo conforman aquellas situaciones en que partes independientes hubiesen optado por introducir medidas para reducir la incertidumbre causada por las circunstancias del supuesto concreto. Este problema se manifiesta con especial intensidad en los supuestos de transmisión de activos intangibles, cuya valoración debería reflejar el potencial para generar beneficios del activo. En este punto, la OCDE entiende que, en ciertas situaciones, partes no relacionadas acordarían introducir una cláusula de revisión del precio que reflejase posibles cambios en dicho potencial. Nos referiremos a dicho problema en profundidad más adelante, al plantear la aplicación del modelo propuesto a este tipo de escenarios⁷²³.

Por todo ello, nunca se debe perder de vista que las partes negociarán en un entorno de información limitada y que en buena parte de las ocasiones no dispondrán de toda la información que de forma ideal sería necesario tener para alcanzar una solución óptima⁷²⁴. De hecho, el paradigma de esta realidad sería aquella situación en que siquiera se tiene constancia de la posibilidad de acometer una alternativa frente a la consecución de otras menos convenientes. La limitación de información no vendrá referida sin embargo a la relativa al grupo empresarial, porque según tuvimos ocasión de comprobar más arriba, la ficción que el *arm's length standard* plantea se refiere a la modificación de las condiciones de la operación para que reflejen aquello que partes independientes hubiesen pactado, no a las circunstancias que rodean a las partes. Como la información no es una condición, a la hora de plantear alternativas no puede obviarse este dato⁷²⁵.

4.2.2.2. Alternativa más beneficiosa para el contribuyente.

Una vez se ha concretado la necesidad de modificar únicamente las condiciones de la operación que determinen la necesidad de realizar un ajuste transaccional (*alleged non*

⁷²² Vid. *inter alia* TPG par.2.128, 3.74, 9.56.

⁷²³ Vid. *infra* apartado 5.2.

⁷²⁴ CHEN (2013), p.342: “en el ámbito de precios de transferencia, se asume que las partes vinculadas tienen la misma información acerca del otro y además es simétrica”.

⁷²⁵ BULLEN (2011), p.339.

arm's length feature), puede que exista un rango de diversas opciones que partes independientes hubiesen adoptado como alternativa. Es por ello que a continuación proponemos como parámetro decisor la adopción de aquella que reporte mayores beneficios económicos al sujeto bajo análisis, si bien teniendo en cuenta que la contraparte no aceptará un acuerdo que suponga un detrimento en su posición de acuerdo a las circunstancias del supuesto.

La definición de alternativas que reporten un mayor beneficio para el contribuyente parte de la idea de que partes independientes llevarán a cabo una operación sólo si la misma no hace que su situación sea peor que la siguiente mejor alternativa (*worse off than the next best option*)⁷²⁶. Para conocer qué alternativas son más beneficiosas en términos económicos desde la perspectiva de sujetos no vinculados, será preceptivo clasificar en términos de viabilidad las diferentes opciones que se presenten, como paso previo al estudio de la interacción de las partes en la negociación y su posición relativa. A estos efectos entendemos que el empleo de indicadores como el valor actual neto (VAN) o similares, empleados para valorar la viabilidad de proyectos económicos en situaciones excluyentes son los más apropiados⁷²⁷.

El VAN se basa en los flujos de caja (cobros menos pagos) y no en el resultado contable (ingresos menos gastos) de una entidad. Este concepto se define como la diferencia entre el coste de llevar a cabo un proyecto y el valor actual de los flujos de caja que se espera que genere hasta su finalización, debiendo aplicar a este último factor una tasa de descuento equivalente al coste de oportunidad de acometer esta inversión⁷²⁸. Los proyectos que crean valor son aquellos en que flujos de caja futuros se generan con un menor coste que su obtención a través de otras vías. Por tanto un operador racional aceptará acometer una operación que genere un VAN positivo y rechazará acometer

⁷²⁶ Vid. TPG par.par.9.59-9.64. El par.9.175 se remite a estos párrafos, que se encuentran insertos en la Parte II del Capítulo IX sobre reestructuración de empresas bajo el título “compensación de plena competencia por la propia reestructuración”. A su vez, es necesario aclarar que entendemos que la traducción ofrecida en la versión del IEF (“las empresas independientes únicamente realizarán la operación si no existe otra opción más favorable”) no refleja el espíritu de este criterio, que enraíza directamente con la teoría de negociación (*bargaining theory*). OOSTERHOFF; WINGERTER (2011), p.110 alaban la adopción de tal parámetro por considerar que proporciona una base sólida para evaluar supuestos de gran complejidad con mayor precisión técnica.

⁷²⁷ JIE-A-JOEN; MOERER (2010), p.226. ARSHAD (2012), p.215.

⁷²⁸ BREALEY; MYERS; ALLEN (2010), p.29.

aquella operación que resulte en un VAN negativo⁷²⁹, por lo que este criterio puede servir para desechar opciones cuya viabilidad es nula en términos económicos. Así mismo, los resultados que arroja la aplicación de este parámetro sirven para ordenar las distintas opciones en función del beneficio económico que se espera obtener de una u otra operación⁷³⁰.

Cierta doctrina sugiere que el uso de estos criterios no casa de manera adecuada con el *arm's length principle*, porque en el caso de los ajustes transaccionales no se adopta una visión de grupo sino una base ficticia sobre la postura que partes independientes adoptarían en una situación idéntica o muy similar, de forma que surgen fricciones derivadas del hecho de que el principio de plena competencia no respeta la realidad económica en ciertos casos⁷³¹. A nuestro parecer, si bien la crítica referida al distanciamiento del *arm's length principle* respecto de la realidad económica es acertada –de hecho ya ha sido comentada más arriba– el empleo de parámetros objetivos siempre será más apropiado que el recurso a criterios subjetivos, cuya indefinición no es aconsejable en el ámbito de la normativa sobre precios de transferencia, según venimos defendiendo en distintos apartados de este trabajo.

Con todo, existen ciertos impedimentos en cuanto a la homogeneización de las distintas variables a través de la atribución de un valor numérico que se corresponde con el VAN y que no podemos obviar. Por una parte, pueden existir factores de imposible cuantificación con una precisión suficiente⁷³², lo que podría causar distorsiones a la hora de clasificar las distintas opciones disponibles para definir la referencia adecuada para efectuar el ajuste transaccional. Además se debe tomar en consideración el poder de negociación de las partes (*bargaining power*), otro elemento central muy complicado de cuantificar⁷³³. Así mismo existen ciertos elementos cuyo impacto puede variar según el

⁷²⁹ GRINBLATT; TITMAN (2003), p.247.

⁷³⁰ IBORRA; DASÍ; DOLZ; FERRER (2007), p.351.

⁷³¹ KAMPHUIS; ZHANG (2009), p.759. VERLINDEN; DYKES (2010), p.524.

⁷³² Entre estos, se encuentran por ejemplo: (1) el impacto social en el crecimiento o disminución de empleados; (2) el impacto medioambiental del proyecto; (3) la actitud de la administración ante la operación; (4) dificultades derivadas del empleo de patentes, marcas y derechos de uso; (5) cambios imprevistos en el ámbito organizacional de la empresa; (6) el impacto sociocultural en el comportamiento de las partes, etc. Vid. JIE-A-JOEN; MOERER (2010), p.227. En el mismo sentido, CHEN (2009), p.753.

⁷³³ VERLINDEN; DYKES (2010), p.524. KROPPE; SILVA (2011), p.41 indican que la normativa en Dinamarca exige que las sinergias de que se beneficia el comprador de un intangible cuando lo emplea en su negocio deberían asignarse a cada parte interviniente en la operación de acuerdo a su poder de

tipo de empresa ante la que nos encontremos, como por ejemplo el nivel de aversión al riesgo, la conveniencia de efectuar la operación a nivel reputacional o de marca, etc. Por otro lado la determinación de la tasa de descuento y las proyecciones de flujos de ingresos y gastos a futuro pueden adolecer de imprecisión por ser elementos en ocasiones de difícil concreción⁷³⁴.

Estos obstáculos en todo caso no constituyen impedimentos absolutos a la consecución del análisis propuesto; de hecho su impacto queda atenuado por la exigencia de identidad –si por ejemplo el nivel de aversión al riesgo de un contribuyente es significativamente bajo, se deberán desechar aquellas opciones que entrañen una elevada exposición al riesgo- y la posibilidad de tener en cuenta las circunstancias de las partes a la hora de determinar la tasa de descuento adecuada –ésta puede modificarse al alza o a la baja para reflejar la existencia de riesgos, costes de oportunidad u otros factores-.

Con todo, el empleo de los métodos comentados podría dar lugar a distintas soluciones plausibles, de modo que es necesario establecer un criterio de elección que determine la alternativa definitiva sobre la que basar el ajuste transaccional correspondiente. A nuestro parecer, el criterio debe basarse en el carácter excepcional de los ajustes transaccionales y también en el hecho de que, al escoger una estructura negocial determinada, las partes asumen sus consecuencias, tanto en el plano privado como en el plano impositivo. De acuerdo con las ideas de certeza, libertad negocial y respeto al análisis de comparabilidad señaladas en el anterior subapartado, la solución apropiada será la que más se aproxime al resultado correspondiente a la operación entre vinculadas, puesto que las partes, al configurar la operación de la forma que han hecho, han asumido el resultado –beneficio o pérdida- que se deriva de la misma. Esta idea encuentra sustento también en el desfase entre el *arm's length principle* y la actuación de grupos multinacionales en una economía globalizada, descrita en el capítulo anterior. Si ante un abanico de opciones se escoge la que menos ajuste conlleve, se logra aunar el respeto a la consecuencia jurídica *at arm's length* con el menor impacto posible sobre la lógica de los grupos de empresa. Esta es la única opción que logra aunar el máximo

negociación. JAIN; CHAND (2015), p.197 dudan de la utilidad del concepto de poder de negociación dada la naturaleza de los grupos empresariales.

⁷³⁴ Vid. BULLEN (2011), p.560.

respeto a la voluntad de las partes con la necesidad de reflejar aquello que partes independientes hubiesen acordado.

Un buen ejemplo que sirve para ilustrar la aplicación práctica del modelo que proponemos es el propuesto por la OCDE en el informe BEPS sobre las acciones 8 a 10, publicado en octubre de 2015⁷³⁵. La entidad S1 lleva a cabo labores de I+D para el desarrollo de intangibles que emplea para crear nuevos productos que produce y vende. Acuerda con S2 una cesión de derechos sobre los intangibles futuros que genere durante un período de 20 años a cambio de un pago a tanto alzado. En caso de que se demuestre la imposibilidad de acometer un análisis de comparabilidad adecuado según los criterios que hemos tenido ocasión de señalar más arriba, la realización de un ajuste transaccional será la única vía para dar cumplimiento al mandato *at arm's length*. Una vez alcanzado este punto, varias son las alternativas que surgen para dar un contenido concreto a esta necesidad. De acuerdo al citado informe, la operación podría reconvertirse en una operación de financiación por parte de S2, como una prestación de servicios de investigación y desarrollo llevada a cabo por S1, o podría modificarse la forma de compensación. Según el modelo que proponemos, ésta última opción sería la más adecuada porque el ajuste incidiría únicamente sobre el elemento que impide realizar correctamente el análisis de comparabilidad.

Así las cosas, una vez se ha concretado que la modificación del cálculo de la compensación es la vía menos lesiva, será necesario determinar la fórmula concreta. Se podría establecer el pago de un canon calculado como porcentaje del total de beneficios generados por los intangibles, la remuneración según objetivos cumplidos, el establecimiento de cláusulas de revisión del precio, etc⁷³⁶. La elección final dependerá del método que de lugar a un menor ajuste primario según las pautas que hemos definido en el presente apartado.

4.3. Carga de la prueba.

⁷³⁵ OECD 2015 *Aligning Transfer Pricing Outcomes with Value Creation, Actions 8-10 – 2015 Final Reports*, par.1.128.

⁷³⁶ Vid. OECD 2015 *Action 8: Hard-To-Value Intangibles*, par.3, 4.

Las obligaciones de documentación y carga de la prueba son distintas en cada Estado. El *arm's length principle* no impone *per se* la adopción de un modelo concreto al respecto, aunque señala la necesidad de un margen suficiente para que tanto la administración como el contribuyente puedan defender su postura al respecto de la aplicación de la normativa sobre precios de transferencia. En este sentido, es posible enunciar ciertos patrones comunes. La carga de la prueba podrá recaer sobre la administración -quien deberá probar la necesidad de llevar a cabo un ajuste concreto- o sobre el contribuyente -quien tendrá que defender que las operaciones efectuadas cumplen con el principio de plena competencia-. La OCDE indica que, al margen de este punto de partida, conviene a ambas partes afrontar conflictos referidos a la aplicación de la normativa sobre operaciones vinculadas con herramientas suficientes para sostener su postura⁷³⁷, puesto que si la parte que soporta la carga de la prueba logra mostrar *prima facie* de forma razonable que cuenta con elementos suficientes que corroboren su posición, es habitual que la otra parte deba contestarlos con argumentos de la misma entidad⁷³⁸. El valor de cada argumento depende en última instancia de la calidad del razonamiento en que se sustenta⁷³⁹.

Por otro lado, la necesidad de documentar las pautas empleadas para la realización del análisis de comparabilidad es un elemento común a todo sistema de reglas basado en el principio de plena competencia. El hecho de que el contribuyente deba documentar sus operaciones con partes vinculadas incide en cierta manera en la distribución de la carga de la prueba, al margen de si es el propio contribuyente quien tiene el deber de valorar las operaciones a valor de mercado en la liquidación del impuesto sobre sociedades correspondiente o si no existe ese deber, sino que simplemente se prevé la revisión de la valoración como una potestad que la ley otorga a la administración⁷⁴⁰. El motivo que

⁷³⁷ Vid. GRANWELL; FLIGNOR (2008), p.553.

⁷³⁸ TPG par.4.13, 4.16. Vid. RODRÍGUEZ-BEREIJO LEÓN (2011), p.982-983. SCHOUERI (2015), p.705. En el mismo sentido, en UN-PMTP13, par.3.6.1 se hace referencia al “riesgo de la no persuasión” o la “carga de la persuasión” para expresar esta idea.

⁷³⁹ PENTTILA; NIEMINEN (2015), p.311.

⁷⁴⁰ En este sentido, un buen ejemplo de la diferencia que supone un planteamiento u otro se encuentra en la redacción de la norma sobre operaciones vinculadas en España antes y después de la reforma del régimen en 2006. La redacción hasta esa fecha rezaba: “La Administración tributaria podrá valorar, dentro del periodo de prescripción, por su valor normal de mercado, las operaciones efectuadas entre personas o entidades vinculadas cuando la valoración convenida hubiera determinado, considerando el conjunto de las personas o entidades vinculadas, una tributación en España inferior a la que hubiere correspondido por aplicación del valor normal de mercado o un diferimiento de dicha tributación”. Tras la modificación de la norma, ésta pasó a señalar: “Las operaciones efectuadas entre personas o entidades vinculadas se valorarán por su valor de mercado.”

sustenta tal afirmación se basa en el hecho de que el mantenimiento de una documentación adecuada, sólida y suficiente que demuestre que se ha obrado conforme al principio de plena competencia, puede ser motivo suficiente para evitar que la administración liquide en contrario. Y más importante todavía, puede servir de base para que, en caso de que la discusión se traslade al ámbito judicial, la administración deba soportar una carga probatoria mucho más elevada.

Con todo, es necesario relativizar este planteamiento porque en ciertas jurisdicciones la aplicación de la normativa sobre precios de transferencia que efectúa la administración se presume correcta en todo caso, sin que la administración deba siquiera entrar a discutir la valoración efectuada por el contribuyente. De hecho, sería este último quien soporte la carga de probar que la valoración de la administración es incorrecta⁷⁴¹. No obstante, incluso en tales situaciones, el hecho de tener preparada una documentación sólida que respalde la postura del contribuyente debe reputarse ventajoso.

En resumen el contenido de las obligaciones de documentación varía en cada Estado, tanto la administración como el contribuyente necesitan un mínimo soporte sobre el que asentar su postura y para concretar si la norma se ha aplicado correctamente⁷⁴², de modo que la documentación efectivamente incide sobre la carga de la prueba que deben soportar tanto administración y contribuyente.

Constituye un buen ejemplo de la relevancia de la carga de la prueba las diversas sentencias emitidas tanto por la Audiencia Nacional como por el Tribunal Supremo al respecto de servicios dentro del grupo (*intragroup services*) cuya realización fue puesta

⁷⁴¹ Vid. En Estados Unidos, *Eli Lilly & Co. v. Commissioner* (1988, Tribunal de apelaciones, séptimo circuito, Estados Unidos). *Seagate Technology, Inc. v. Commissioner* (1994, Tribunal Fiscal, Estados Unidos). *Sundstrand Corporation and Subsidiaries v. Commissioner of Internal Revenue* (1991, Tribunal Fiscal, EEUU). *Westreco, Inc. v. Commissioner* (1992, Tribunal Fiscal, EEUU)., citadas en LEVEY (2006), par.7-27. En España vid. SAN 30 abril 2009, caso *Esmalglass* (2009, Audiencia Nacional, España) STS 9 diciembre 2011, caso *Esmalglass* (2011, Tribunal Supremo, España) y SAN 16 julio 2015, caso *Citresa* (2015, Audiencia Nacional, España).

⁷⁴² Vid. Capítulo V TPG, relativo a recomendaciones referidas a deberes de documentación y los informes *OECD 2014 Guidance on Transfer Pricing Documentation and Country-by-Country Reporting*, par.16. *OECD 2015 Action 13: Guidance on the Implementation of Transfer Pricing Documentation and Country-by-Country Reporting*, par.2, donde se recomienda la adopción de deberes de documentación estandarizados basados en tres documentos: (1) un *Master File*, referido a información general del grupo empresarial; (2) un *Local File* referido a las operaciones que el contribuyente ha efectuado y (3) el *Country by Country Report* (CbCR), referido a información relativa a la asignación de rentas e impuestos pagados, además de otra información relativa a indicadores referidos a la actividad económica del grupo, en cada jurisdicción en que éste opera.

en duda por la administración⁷⁴³, alegando que su descripción contractual era muy general, que no existía constancia de que la entidad que supuestamente debía prestar el servicio lo hiciera en algún momento, que la entidad que debía beneficiarse del servicio en ningún momento reclamó su efectiva prestación y que los servicios eran redundantes. Ante el nulo esfuerzo por parte del contribuyente por aportar pruebas que rebatiesen la tesis de la administración, los tribunales entendieron que los servicios jamás se prestaron. Esta conclusión no da lugar a un ajuste transaccional sino a la correcta determinación de los hechos, pues los términos contractuales pactados no reflejaban lo después sucedido.

Otro supuesto que merece ser citado es el caso *Salud Laboral 3000, S.A.*, en que la administración emplea el método del precio libre comparable y el contribuyente, en lugar de tratar de plantear una valoración alternativa, se afana en “desmentir o minimizar los datos aportados por la Inspección, lo cual resulta insuficiente, pues le incumbía, por el contrario, la carga de acreditar el fundamento de su pretensión, sobre todo teniendo en cuenta que el informe ampliatorio razona muy ampliamente sobre los datos y circunstancias que han conducido a la regularización propuesta”⁷⁴⁴. Aunque los ejemplos planteados se refieren a casos españoles, su lógica es trasladable a cualquier jurisdicción que adopte el *arm's length principle* como base para sustentar su normativa sobre precios de transferencia.

Tras esta breve introducción sobre el papel que la carga de la prueba y deberes de documentación juegan en el marco de la normal aplicación del principio de plena competencia, a continuación trataremos de definir una serie de pautas referidas al ámbito de los ajustes transaccionales, puesto que ambos elementos son cruciales en el diseño de un mecanismo para efectuar ajustes transaccionales equilibrado y proporcional. La traslación del modelo propuesto a la práctica se ha de realizar con gran cautela, puesto que unas exigencias de documentación y prueba elevadas pueden dar

⁷⁴³ Vid. SAN 31 octubre 2012, caso *Hormigones y Morteros Preparados* (2012, Audiencia Nacional, España). SAN 19 de enero 2012, caso *Shell España* (2012, Audiencia Nacional, España). Cfr. SAN caso *Dow Chemical Ibérica* (2008, Audiencia Nacional, España) confirmada por la STS 9 de mayo de 2012, caso *Dow Chemical Ibérica* (2012, Tribunal Supremo, España) o SAN 23 de octubre de 2008, caso *Omron Electronics Iberia* (2008, Audiencia Nacional, España) en que sí parece que existe una efectiva prestación de servicios de coordinación por parte de la matriz. En tal caso, la solución correcta no debería ser la negación del gasto sino la realización de ajustes para que el gasto refleje el servicio efectivamente prestado.

⁷⁴⁴ SAN 30 de junio de 2011, caso *Salud laboral 3000* (2011, Audiencia Nacional, España).

lugar a costes de gestión desmesurados, lo que redundaría en su fracaso. Por otro lado, el reflejo documental de las pautas empleadas para la realización del análisis de comparabilidad es necesaria para concretar si la norma se ha aplicado correctamente.

Una vez más, la excepcionalidad como característica que define la figura de los ajustes transaccionales servirá de soporte para sustentar la exigencia de una carga cualificada de la prueba para el sujeto que considere que es necesario modificar las condiciones de la operación.

Del lado de la administración, una se vez disponga de la información necesaria acerca de la aplicación del *arm's length principle* por parte de un contribuyente, ésta debe analizarse con el objeto de determinar si guarda un grado de precisión aceptable. En caso de que no se haya fundamentado correctamente el cumplimiento del mandato de la norma, aumenta el riesgo de que la administración, ante la tesitura de tener que lidiar con una falta de información que pueda perturbar el normal desenvolvimiento de la comprobación, perciba la necesidad de descartar los comparables empleados por el contribuyente por no ser suficientemente fiables y se plantee en ciertas ocasiones la realización de ajustes transaccionales. Puede suceder incluso que éstos tengan lugar sin que la administración sea consciente de su actuación, a través de ajustes transaccionales implícitos.

Por tanto, la relevancia de la documentación en el ámbito de los ajustes transaccionales reside en la prevención. A través del reflejo por escrito de aquellos datos y argumentos que corroboren la improcedencia de tales ajustes, se lograría reducir el riesgo de aplicación de ajustes antes de que la administración se plantee adoptar esa vía. En este sentido, al margen del reparto de la carga de la prueba, al contribuyente le conviene disponer de una base documental sólida para que no se planteen problemas en el ámbito de la determinación de los hechos, ya que éste es muy susceptible de sufrir distorsiones que den lugar a la realización de ajustes transaccionales⁷⁴⁵.

En todo caso, la postura de la administración debe quedar suficientemente fundamentada. Así se lograría evitar situaciones como las descritas por cierta doctrina

⁷⁴⁵ Vid. *supra* apartado 3.1.1.

en que la administración –e incluso los tribunales- no señalan comparables sino que se limitan a negar la viabilidad del estudio realizado por el contribuyente⁷⁴⁶, práctica que es a todas luces contraria a un reparto adecuado de la carga de la prueba en materia de operaciones vinculadas, en especial en materia de ajustes transaccionales, en que el necesario carácter excepcional de esta figura debe encontrar un reflejo apropiado en el ámbito de la carga de la prueba⁷⁴⁷.

Tal excepcionalidad debe encontrar reflejo además en el hecho de que si la administración entiende que los comparables presentados por el contribuyente no son apropiados, debe llevar a cabo actuaciones tendentes a la búsqueda de comparables plausibles. La figura de los ajustes de comparabilidad cobra gran relevancia en este ámbito, pues la administración debe tratar de evitar la realización de ajustes transaccionales a través de esta vía y del uso de métodos no convencionales para corroborar que las condiciones de la operación hubiesen sido aceptadas por partes independientes.

Así las cosas, la mera dificultad en la búsqueda de comparables no es suficiente, la administración debe constatar de manera fehaciente que la estructura de la operación impide llevar a cabo el análisis de comparabilidad con una mínima garantía de precisión⁷⁴⁸. De hecho no sería suficiente por ejemplo constatar que una operación que no dispone de comparables de acuerdo –por ejemplo- al método libre comparable y sobre esta base aplicar ajustes transaccionales. Antes será necesario agotar otras vías, como uso de otros métodos para resolver el caso, modificar el comparable para aproximarlos a la operación vinculada o el empleo de métodos no convencionales que demuestren que partes independientes hubiesen obrado de la misma forma, de acuerdo a

⁷⁴⁶ BELL (2009a), p.160-161; WANG (2013), p.322.

⁷⁴⁷ En el mismo sentido, BULLEN (2011), p.365.

⁷⁴⁸ WITTENDORFF (2009), p.126 señala en relación al ámbito de los intangibles que “en gran parte de los casos, las autoridades fiscales sin duda afirmarán que no puede establecerse un precio de transferencia apropiado dadas las continuas dificultades de valorar el retorno futuro que generará un intangible”. En BELL (2009a), p.161 queda reflejado que “cuantos más comparables existan, menos debería la administración entrar a considerar la actuación del contribuyente, sobre todo en un entorno en que ha de primar la libertad de empresa”. Si bien este argumento puede servir para sostener que la inexistencia de comparables debe concluirse tras un examen exhaustivo, a nuestro parecer el factor clave no es el número de comparables sino la calidad de los mismos, ya que presentando un único comparable que merezca ser considerado como tal a efectos de la aplicación de la normativa sobre operaciones vinculadas basta para descartar posibles ajustes transaccionales.

los parámetros señalados anteriormente. La imposibilidad de completar el análisis de comparabilidad debe ser lo suficientemente cualificada por tanto.

Además, la administración, a la hora de efectuar un ajuste transaccional, deberá ceñirse a la modificación de aquella condición de la operación que provoque la imposibilidad de llevar a cabo correctamente el análisis de comparabilidad. Si trasladamos esta reflexión al ámbito de la carga de la prueba parece lógico inferir la necesidad de exigir una justificación suficientemente fundamentada sobre el motivo de modificar un elemento concreto de la operación y los motivos de por qué éste -y no otro- impide la correcta aplicación del *arm's length principle*.

Por el lado del contribuyente, las propias TPG indican que el análisis de todas las posibilidades existentes resulta un requerimiento desproporcionado para cumplir con el objetivo de la norma⁷⁴⁹. No se debe imponer el deber de documentar todas las hipotéticas opciones a las que los contribuyentes puedan recurrir⁷⁵⁰, de modo que esta opción ha de quedar descartada. No obstante, conviene a los intereses del contribuyente realizar un esfuerzo probatorio suficiente para contrarrestar intentos por parte de la administración de realizar ajustes transaccionales, porque al aportar elementos de juicio que demuestren la ausencia de motivación para acudir a esta figura excepcional, ésta actuación disminuirá el riesgo de modificación sobre las condiciones de la operación en un caso dado.

Con todo, puede suceder incluso que sea el sujeto pasivo quien determine la inexistencia de comparables a efectos de la aplicación de la normativa sobre precios de transferencia y por tanto la necesidad de llevar a cabo ajustes transaccionales, que en última instancia se traducirán en el correspondiente ajuste primario o valorativo, si bien es improbable que este escenario se produzca. En aquellos Ordenamientos, como el australiano, en que sólo se permitan ajustes que deriven en un incremento de la base imponible⁷⁵¹, las posibilidades de que un contribuyente plantee la realización de un

⁷⁴⁹ Vid. BOURTOURNAULT; BENARD (2011), p.180.

⁷⁵⁰ Vid. TPG par.3.81 en que se señala que no es necesario realizar una búsqueda exhaustiva de todas las fuentes de información posibles.

⁷⁵¹ A título de ejemplo, en un supuesto en que la venta a tanto alzado de un intangible a una parte vinculada residente en el extranjero resulte en una cuantía superior en comparación a los rendimientos generados por el mismo tras la venta el contribuyente no podría determinar que partes vinculadas

ajuste primario basado en la realización de ajustes transaccionales son todavía más remotas, si bien no existe en la normativa australiana ningún precepto que indique que la realización de ajustes transaccionales sea potestad exclusiva de la administración, de modo que un planteamiento en que el contribuyente por sí mismo emplea esta figura no ha de descartarse por completo⁷⁵².

La correcta implantación de medidas para prevenir un uso excesivo de los ajustes transaccionales es crucial. Como sucede con cualquier conjunto de medidas relativas a la implantación práctica de una norma determinada, las exigencias de documentación y carga de la prueba respecto a la realización de ajustes transaccionales pueden crear incentivos perversos que en última instancia redunden en su incorrecta utilización. El paradigma de este tipo de prácticas reside en la tendencia de la administración tributaria a tratar de modificar los hechos de la operación en lugar de plantear la realización de ajustes transaccionales en el marco del análisis de comparabilidad. Esta manera de proceder es lógica desde la perspectiva de la consecución del resultado deseado, esto es, de la práctica de un ajuste primario que refleje la modificación de las condiciones de la operación bajo análisis. Sin embargo, el planteamiento entraña una grave confusión de conceptos y la práctica desaparición del carácter excepcional de la figura del ajuste transaccional, resultado éste a todas luces inadmisibles.

Cabe en este sentido citar el ejemplo de la normativa canadiense, en que se establecieron ciertas salvaguardas a la aplicación de la regla que permitía este tipo de prácticas cuya trascendencia posterior ha sido nula por los motivos que a continuación analizaremos⁷⁵³.

Las directrices fijadas por la administración tributaria del país norteamericano indican que, dada la contundencia en la aplicación de una medida que supone desconocer los elementos de una operación y su sustitución por otros acordes al *arm's length principle*, para garantizar una mayor seguridad en la aplicación de ajustes transaccionales en la

hubiesen acordado la introducción de una cláusula de revisión del precio para llevar a cabo un ajuste negativo en consecuencia. Vid. sec.815-15(1)(d) 1997 Income Tax Act, Australia.

⁷⁵² Vid. *PWC 2014 Australia. ATO issues draft ruling on reconstruction of transactions*, p.1.

⁷⁵³ Vid. *supra* apartado 2.2.2., en que se ofrece una descripción somera de la norma de precios de transferencia canadiense.

práctica⁷⁵⁴, el inspector actuario debe elevar una solicitud al Comité de Revisión de Precios de Transferencia (*Transfer Pricing Review Comitee*) de forma que este órgano pueda revisar la pertinencia de la consecución de ajustes transaccionales prevista en la sección 247(2)(b)⁷⁵⁵.

El procedimiento consta de tres pasos: consideraciones iniciales, propuesta formal y propuesta final. Esta estructura permite al Comité determinar si, a priori, una situación de hecho podría determinar o no la aplicación de ajustes transaccionales para a continuación –en caso de que la respuesta sea afirmativa- permitir que el inspector elabore un informe en que se estudie a fondo la correcta aplicación de la norma al caso concreto y sus repercusiones. El último paso implica la elaboración de una propuesta final acerca de la pertinencia de realizar ajustes transaccionales⁷⁵⁶.

El mayor obstáculo que plantea esta directriz es la exclusión de este procedimiento especial de aquellas situaciones en que se practique un ajuste transaccional por la vía de la sección 247(2)(a), a pesar de que la gravedad y contundencia del ajuste puede ser la misma. Éste factor por tanto desincentiva la aplicación de la sección 247(2)(b) y explica el motivo por el cual la administración ha optado por seguir una línea en que no renuncia a la práctica de ajustes transaccionales, a la vez que evita las trabas procedimentales citadas.

De este modo, tanto la posibilidad que ofrece el texto de la sección 247(2)(a) para la realización de ajustes transaccionales como los requisitos cualificados que se imponen para la aplicación del 247(2)(b) suponen un claro incentivo a la aplicación de la letra (a), fórmula que se viene aplicando en la práctica por parte de la administración tributaria y que los tribunales han ratificado como válida en la sentencia *McKesson*⁷⁵⁷. A los efectos que interesan para conocer el tratamiento de la figura de los ajustes transaccionales, determina el juez Boyle –ponente de la sentencia- que se pueden efectuar ajustes sobre la cuantía de la operación a través de la modificación de los

⁷⁵⁴ WILKIE 2000, p.78; BERNSTEIN (1999), p.571;

⁷⁵⁵ Circular informativa 87-2R, par.46. Vid. Transfer Pricing Memorandum TPM-13 para conocer el régimen jurídico del comité.

⁷⁵⁶ FRANCESCUCCHI; TEPE (2006), p.313. Se prevé así mismo la participación del contribuyente en el proceso para aportar las pruebas y realizar las alegaciones que estime oportunas.

⁷⁵⁷ *McKesson Canada Corporation v The Queen* (2013, Tribunal Fiscal, Canadá).

términos y condiciones de la operación aplicando las secciones 247(2)(a) y (c)⁷⁵⁸, sin necesidad de acudir a los párrafos (b) y (d).

La experiencia canadiense muestra cómo la administración de ese país rehúye aplicar la regla de ajustes transaccionales debido a la existencia de factores que desincentivan esta vía -requisitos formales y materiales complementarios- y prefiere acudir a la regla general sobre precios de transferencia, dada a la existencia de factores que desincentivan lo primero a favor de lo segundo, según hemos tenido ocasión de comprobar. Si a estos factores añadimos una respuesta favorable de los tribunales a esta forma de proceder es comprensible la preocupación manifestada por ciertos sectores de la doctrina acerca de la correcta aplicación de la normativa sobre operaciones vinculadas en este respecto.

En consecuencia, la determinación de requisitos de carga de la prueba más elevados en el marco de realización de ajustes transaccionales vienen justificados por la excepcionalidad de esta figura. Su implantación práctica debe basarse en estos parámetros, de tal forma que tanto el legislador -en caso de que se quieran positivizar ciertas pautas para incrementar la certeza sobre su aplicación- como el aplicador de la norma deben cerciorarse de que la modificación en las condiciones de la operación es efectivamente una solución de *ultima ratio* y no una vía rápida para evitar discusiones técnicas en el marco del análisis de comparabilidad. La OCDE debería tratar de paliar la ausencia de parámetros explícitos en este sentido.

⁷⁵⁸ El juez se apoya en el caso *GlaxoSmithKline Inc. v. Canada* (2012, Tribunal Supremo, Canadá), resuelto en 2012, FRANCESCUCI; LAROCHELLE (2014), p.243. Vid. así mismo *DELOITTE 2014 Canada Revenue Agency successful in significant transfer pricing case; EY 2014 TCC dismisses appeal on transfer pricing reassessment of 2003 factoring transactions*.

CAPÍTULO 5. METODOLOGÍA PROPUESTA APLICADA A SUPUESTOS CONFLICTIVOS.

El planteamiento de un modelo en abstracto carece de sentido si no sirve para aportar soluciones concretas en la práctica. Es por ello que -al margen del empleo de distintos ejemplos para ilustrar las afirmaciones realizadas a lo largo del trabajo- una vez definidos los parámetros del modelo sobre el que justificar la realización de ajustes transaccionales en consonancia con el *arm's length principle*, trataremos a continuación de aplicarlos en los supuestos más propensos a requerir la modificación de las condiciones de la operación acometida entre partes vinculadas, a saber: la asignación de riesgos, la atribución de beneficios generados por intangibles, el tratamiento de la transmisión de intangibles de difícil valoración y las reestructuraciones empresariales.

Según tendremos ocasión de comprobar, las pautas que la OCDE trata de establecer en estas áreas, así como ciertas normas internas que regulan estos supuestos, exceden los límites que hemos trazado atendiendo en todo momento al mandato *at arm's length*, sobre todo en cuanto a la importancia del carácter excepcional que debe informar la concreción de la aplicación de ajustes transaccionales. A este respecto, trataremos de desarrollar pautas específicas referidas a tales casos para confrontarlas con aquellos aspectos que entendamos contrarios al principio de plena competencia.

5.1. Metodología propuesta aplicada a la asignación de riesgos.

El riesgo es un factor inherente a la economía de mercado. La finalidad última de toda empresa es crear valor a través de su actividad económica, que necesariamente comportará incertidumbre acerca de la efectiva generación de retornos. Ese elemento de incertidumbre es precisamente al que se hace referencia con el término⁷⁵⁹. En otras palabras, un riesgo supone interiorizar un coste igual al coste de oportunidad en el resultado de un equivalente certero⁷⁶⁰.

⁷⁵⁹ Vid. BARRY; HENSHALL (2015), p.287.

⁷⁶⁰ Dicho con otras palabras, un agente económico preferirá recibir 100 unidades monetarias frente al 50% de posibilidades de recibir 200 unidades monetarias. Vid. KAMPHUIS (2009), p.95.

La identificación de los riesgos en que incurre una empresa es clave⁷⁶¹, puesto que su existencia afecta al potencial para generar beneficios. De hecho, un proyecto de inversión sólo es viable si se prevé que generará, ante una asunción determinada de riesgos, una expectativa de retornos positiva. Las empresas habitualmente establecen protocolos para neutralizarlos o mitigarlos en dentro lo posible, medidas que así mismo producirían un impacto en dicho potencial⁷⁶². Por tanto, el riesgo es un elemento que modulará el precio y por consiguiente es un factor relevante en el ámbito de los precios de transferencia⁷⁶³. De hecho, la asignación del riesgo es considerada un elemento central en las relaciones entre partes vinculadas⁷⁶⁴, hasta tal punto que su disparidad con respecto a la asignación que partes independientes hubiesen adoptado puede ser un impedimento para considerar un comparable como válido⁷⁶⁵.

Con todo, es habitual encontrar serias dificultades a la hora de realizar el análisis de la distribución de riesgos, ya que salvo supuestos en que se utilicen comparables internos como referencia para efectuar el análisis de comparabilidad, es muy complicado hallar referentes en bases de datos relativas a comparables externos⁷⁶⁶. Es por ello que en el marco del análisis de comparabilidad, la OCDE sugiere la realización de un estudio aislado de la distribución del riesgo respecto del resto de elementos que conforman la operación, así como la realización de ajustes sobre el mismo cuando proceda de acuerdo a los criterios de control sobre el riesgo⁷⁶⁷ y capacidad financiera para soportarlo⁷⁶⁸, en

⁷⁶¹ *OECD 2015 Aligning Transfer Pricing Outcomes with Value Creation, Actions 8-10 – 2015 Final Reports*, par.1.57. Vid. COTTANI (2014), p.101.

⁷⁶² Vid. *OECD 2014 BEPS Actions 8, 9 and 10. Draft on revisions to chapter I of the Transfer Pricing Guidelines (including risk, recharacterisation, and special measures)*, par.36, 37, 41.

⁷⁶³ Vid. *OECD 2015 Aligning Transfer Pricing Outcomes with Value Creation, Actions 8-10 – 2015 Final Reports*, par.1.56, 1.73. CALDERON CARRERO, J. M. (2009), p.60 matiza que “el peso específico que tiene el elemento del riesgo depende en gran medida de la importancia económica de tal riesgo en la transacción (v. gr. es importante el riesgo de inventario en la distribución de mercancías) y también depende de la metodología, de suerte que en el marco de métodos como el método del coste incrementado o el método del margen neto transaccional este elemento tiene menor relevancia”.

⁷⁶⁴ En el presente apartado nos referiremos a riesgos identificables y atribuibles, ya que aquellos riesgos globales, no aprehensibles, que afectan a varias entidades, no plantean problemas relativos a su atribución.

⁷⁶⁵ *OECD 2014 BEPS Actions 8, 9 and 10. Draft on revisions to chapter I of the Transfer Pricing Guidelines (including risk, recharacterisation, and special measures)*, par.22.

⁷⁶⁶ VINCENT; LUQUET (2015), p.1476.

⁷⁶⁷ TPG par.9.22-9.28. *OECD 2015 Aligning Transfer Pricing Outcomes with Value Creation, Actions 8-10 – 2015 Final Reports*, par.1.65.

⁷⁶⁸ TPG par.9.29-9.32. *OECD 2015 Aligning Transfer Pricing Outcomes with Value Creation, Actions 8-10 – 2015 Final Reports*, par.1.64.

el ámbito de la determinación de los hechos de la operación⁷⁶⁹. Aunque este planteamiento tiene como objetivo facilitar la búsqueda de comparables, existe un elevado riesgo de realización de ajustes transaccionales⁷⁷⁰, en cuyo caso el ajuste primario resultante no será acorde con el *arm's length principle*.

Los problemas que se plantean en el ámbito de la distribución de riesgos derivan de (1) la determinación de la asignación del riesgo en un supuesto en que no existen pautas contractuales al respecto; (2) la ausencia de compensación o compensación inadecuada de las funciones que otras partes llevan a cabo para gestionar o mitigar un riesgo; (3) la constatación de que partes independientes en circunstancias similares no hubiesen acordado la distribución pactada entre partes vinculadas. El tratamiento de cada una de estas posibilidades será distinto en función de su encaje en el modelo que proponemos en este trabajo.

Antes de valorar la posibilidad de plantear alternativas que deriven en un ajuste transaccional, la búsqueda de comparables, la realización de ajustes de comparabilidad y el empleo de métodos no convencionales deberían servir en ciertos casos para aumentar la precisión en el análisis a la vez que se evita la modificación de la asignación de riesgos en el marco de la operación vinculada⁷⁷¹. De lo contrario, si a efectos del análisis de comparabilidad se tomara una operación entre partes independientes en que la asignación de riesgos sea diferente, el resultado redundaría en la práctica de un ajuste transaccional implícito.

La OCDE plantea el siguiente ejemplo para ilustrar su posición acerca de la distribución de riesgos y la posibilidad de efectuar ajustes de comparabilidad o transaccionales. Imaginemos que un fabricante es la matriz de distribuidoras residentes en el extranjero. Entre las cláusulas de los contratos que suscriben, se incluye la obligación del fabricante de recomprar –al precio de venta a terceros- las mercaderías que las distribuidoras no han logrado vender. En caso de no encontrar un comparable que refleje esta distribución

⁷⁶⁹ Así se desprende de *OECD 2015 Aligning Transfer Pricing Outcomes with Value Creation, Actions 8-10 – 2015 Final Reports*, par.1.98 y 1.120.

⁷⁷⁰ Vid. *OECD 2015 Aligning Transfer Pricing Outcomes with Value Creation, Actions 8-10 – 2015 Final Reports*, par.1.60. El paso 4) del análisis sobre riesgos propuesto se refiere a la realización de ajustes transaccionales de acuerdo a los criterios de control sobre el riesgo y capacidad financiera para soportarlo.

⁷⁷¹ Cfr. *OECD 2014 BEPS Actions 8, 9 and 10. Draft on revisions to chapter I of the Transfer Pricing Guidelines (including risk, recharacterisation, and special measures)*, par.75.

del riesgo, debe plantearse la posibilidad de realizar ajustes de comparabilidad, de tal manera que si por ejemplo en la operación más próxima entre partes independientes es el distribuidor quien soporta el riesgo por exceso de inventario, será necesario calcular la contraprestación que la distribuidora pagaría para trasladar a la otra parte –no relacionada, porque nos referimos al comparable- un riesgo que en principio ella debería asumir. Dicha opción será la que debemos contrastar con la contraprestación entre partes vinculadas referida a la traslación del riesgo. Cuando la contraprestación acordada entre partes vinculadas sea global –cuando abarque tanto el precio por la compra de mercaderías como la compensación por la traslación del riesgo- simplemente deberá añadirse a la comparación el precio acordado entre partes vinculadas, y el precio acordado entre partes independientes respectivamente. Este es precisamente el caso que las TPG proponen para distinguir entre ajustes de comparabilidad y ajustes transaccionales⁷⁷².

Imaginemos, sin embargo, que la administración demuestra que partes independientes jamás hubiesen planteado la distribución del riesgo tal y como ha sucedido entre partes vinculadas. En caso de que se constate la imposibilidad tanto de encontrar comparables como la imposibilidad de realizar ajustes de comparabilidad y el empleo de métodos no convencionales, la vía del ajuste transaccional será conforme al *arm's length principle*. Es en esta fase del análisis -y no antes- donde cobran sentido las pautas propuestas para reasignar el riesgo de acuerdo a la actuación de partes independientes. Según venimos comentando, la OCDE apoya su análisis en dos parámetros.

En primer lugar, el control sobre el riesgo, que se traduce en la capacidad de tomar decisiones relevantes referidas a su gestión⁷⁷³. Para la OCDE, la disociación entre control del riesgo y la atribución de riesgos es impensable entre partes independientes⁷⁷⁴, de manera que si se demuestra que una sociedad soporta un riesgo ajeno careciendo medios o capacidad de gestionarlo, la reasignación de riesgos estaría justificada. La gestión del riesgo se concreta en dos elementos: (1) la capacidad de aceptar o rechazar una oportunidad de negocio que entraña riesgos, junto con la aptitud

⁷⁷² TPG par.1.69.

⁷⁷³ TPG par.9.23

⁷⁷⁴ *OECD 2014 BEPS Actions 8, 9 and 10. Draft on revisions to chapter I of the Transfer Pricing Guidelines (including risk, recharacterisation, and special measures)*, par.61.

de decisión sobre tal oportunidad y (2) la capacidad de tomar decisiones sobre cómo responder ante esos riesgos, junto con la aptitud de decisión sobre tal actividad. Este concepto de funciones relativas a la toma de decisiones se concreta en la comprensión del riesgo de acuerdo a un análisis adecuado de la información relativa a las consecuencias positivas y negativas del mismo. Se requiere además la capacidad de determinar los objetivos relativos a la recopilación y análisis de dicha información, de contratar a la parte que acometa dichas actividades, de determinar si el análisis se lleva a cabo de manera adecuada y de modificar o terminar la relación contractual con este tercero⁷⁷⁵. Por último, es necesario señalar que la OCDE no admite al efecto de considerar que existe control sobre el riesgo la mera aprobación formal de decisiones conformadas en otras jurisdicciones o la determinación de la política general en torno al mismo⁷⁷⁶.

Para ilustrar el concepto de control sobre el riesgo la OCDE propone el siguiente ejemplo. La sociedad A encomienda la fabricación de ciertos productos a un fabricante especializado, la sociedad B. La sociedad A se encarga de la especificación y diseño del producto, de establecer un calendario de producción –incluyendo el volumen y plazos de entrega del producto- y además asume el riesgo de inventario y de devolución del producto. La sociedad A contrata a la sociedad C para realizar controles de calidad regulares sobre el proceso de producción. La sociedad A especifica los objetivos de las auditorías de calidad y la información que la sociedad C debe recabar en su nombre. La sociedad C informa directamente a la sociedad A. De acuerdo a esta serie de datos, la OCDE determina que la sociedad A controla los riesgos que asume al ejercitar su capacidad y autoridad para adoptar una serie de decisiones relativas a la adopción del riesgo y cómo responder ante el mismo. Además la sociedad A ejerce la capacidad de tomar decisiones para mitigar el riesgo, entre las que se incluyen la fijación de objetivos ante el ente sobre el que se externaliza la gestión del riesgo, la decisión de contratar a un fabricante concreto y al sujeto que lleva a cabo controles de calidad, la capacidad de analizar si los objetivos fijados se cumplen de manera adecuada y la capacidad de modificar o resolver los contratos suscritos⁷⁷⁷.

⁷⁷⁵ *OECD 2015 Aligning Transfer Pricing Outcomes with Value Creation, Actions 8-10 – 2015 Final Reports*, par.1.66.

⁷⁷⁶ Cfr. *OECD 2015 Aligning Transfer Pricing Outcomes with Value Creation, Actions 8-10 – 2015 Final Reports*, par.1.76.

⁷⁷⁷ *OECD 2015 Aligning Transfer Pricing Outcomes with Value Creation, Actions 8-10 – 2015 Final Reports*, par.1.69.

Como podemos observar, de acuerdo a las pautas ofrecidas por la OCDE, la posibilidad de mitigar el riesgo no define el control sobre el riesgo porque existe la posibilidad de externalizar esta función⁷⁷⁸. Por ejemplo, la mitigación diaria del riesgo de devolución del producto puede derivarse a un sujeto que lleve a cabo labores de supervisión sobre el control de calidad del producto⁷⁷⁹.

El concepto de control que se emplea en las TPG difiere por tanto del utilizado en el AOA, centrado precisamente en la gestión diaria⁷⁸⁰. A modo de ejemplo, si tomamos la labor de un gestor de fondos, atendiendo a las normas para atribuir beneficios a establecimientos permanentes, el riesgo se asignará a éste. En cambio, si tomamos la perspectiva de las TPG, el riesgo se debe atribuir al inversor ya que dispone de la capacidad de asumir el riesgo, ceder su control o cambiar de gestor, así como el momento preciso en que ejercerá estas opciones⁷⁸¹. En consecuencia, las decisiones sobre riesgos que las TPG toman como referencia son las que se adoptan a nivel estratégico –medio y largo plazo-⁷⁸², si bien se plantean una serie de interrogantes que darán pie a cuestionar en ciertos supuestos el papel del parámetro de control como relevante para determinar la correcta asignación de riesgos.

Cierta doctrina critica el empleo de este criterio por su falta de atención a la realidad de los grupos multinacionales, puesto que normalmente la gestión de los riesgos se lleva a cabo por parte de diversas entidades situadas en jurisdicciones distintas al mismo tiempo⁷⁸³, en cuyo caso el parámetro de control no sirve para determinar una atribución de riesgos correcta. En efecto, el análisis fragmentado que propone la OCDE al hilo del concepto de control sobre el riesgo, aumentará los problemas tanto para atribuir el riesgo en sí como para determinar la compensación que la entidad que soporta el riesgo debe soportar a favor de otras entidades que contribuyen a su gestión o mitigación⁷⁸⁴. Se

⁷⁷⁸ Cfr. *OECD 2015 Aligning Transfer Pricing Outcomes with Value Creation, Actions 8-10 – 2015 Final Reports*, par.1.61 y 1.65.

⁷⁷⁹ *OECD 2015 Aligning Transfer Pricing Outcomes with Value Creation, Actions 8-10 – 2015 Final Reports*, par.1.63.

⁷⁸⁰ FEINSCHREIBER, R; KENT, M. (2011), p.29. Cfr. JIE-A-JOEN; LIERENS; MOERER (2009), p.11.

⁷⁸¹ BOCHICCHIO (2009), p.49.

⁷⁸² BOCHICCHIO (2009), p.16.

⁷⁸³ MONSENEGO (2014), p.10; ATKINSON; MORRIS (2009), p.10; BELL (2009a), p.164.

⁷⁸⁴ *DELOITTE 2015 The new transfer pricing landscape. A practical guide to the BEPS changes*, p.3.

ha llegado incluso a señalar que en la mayor parte de supuestos, partes independientes llevarán a cabo la externalización en la gestión de riesgos sin supervisión alguna sobre la base del empleo de medidas legales –contractuales o extracontractuales- para paliar posibles consecuencias negativas, sobre todo porque en numerosas ocasiones no se posee la capacidad técnica para controlar al agente que gestiona el riesgo⁷⁸⁵.

VERLINDEN et al. señalan un ejemplo muy claro en este sentido⁷⁸⁶. El supuesto concierne a un grupo de inversores que crean una sociedad y aportan capital para invertir en infraestructuras. Escogen un consejo de administración que represente sus intereses, quienes a su vez contratan a asesores jurídicos y expertos para que gestionen la convocatoria de una licitación de obra. El consejo elige a uno de sus miembros para firmar el consiguiente acuerdo y delega en los asesores la supervisión del contratista. En este supuesto, los inversores percibirán retornos derivados de la asunción de riesgos tanto de inversión como operativos, pues aunque no controlan el desempeño diario de los trabajos del contratista, obtendrán los retornos derivados del éxito de la empresa (*upside risk*) o verán cómo su inversión fracasa, asumiendo las pérdidas que genere (*downside risk*). En tanto la situación descrita puede acontecer entre partes independientes, ello demuestra que el criterio de control sobre el riesgo que la OCDE propone no se encuentra alineado con el *arm's length principle*.

En realidad, la mayor parte de supuestos en que el factor del control y gestión del riesgo es relevante se pueden resolver mediante la modificación de la compensación pactada entre partes vinculadas por la realización de estas funciones⁷⁸⁷. En caso de que tal remuneración no se haya previsto de manera explícita, conviene comprobar si la misma tiene lugar por otras vías, es decir, si mediante el precio pactado entre las partes puede considerarse que esta remuneración ya se ve satisfecha⁷⁸⁸. De no tener lugar, será necesario comprobar la existencia de comparables y la oportunidad de realizar ajustes

⁷⁸⁵ SCHÖN (2014), p.289 cita como ejemplo la labor de profesionales liberales –arquitectos, abogados, etc-.

⁷⁸⁶ VERLINDEN et al. (2015), p.8.

⁷⁸⁷ Cfr. *OECD 2014 BEPS Actions 8, 9 and 10. Draft on revisions to chapter I of the Transfer Pricing Guidelines (including risk, recharacterisation, and special measures)*, par.77. *OECD 2015 Aligning Transfer Pricing Outcomes with Value Creation, Actions 8-10 – 2015 Final Reports*, par.1.100 et seq.

⁷⁸⁸ Vid. *supra*, apartado 2.2.2., caso *Sony Ericsson* (2014, Alto Tribunal de Delhi, India). Cfr. *OECD 2014 BEPS Actions 8, 9 and 10. Draft on revisions to chapter I of the Transfer Pricing Guidelines (including risk, recharacterisation, and special measures)*, par.74. *OECD 2015 Aligning Transfer Pricing Outcomes with Value Creation, Actions 8-10 – 2015 Final Reports*, par.1.62.

de comparabilidad para reflejar posibles diferencias entre la operación vinculada y el comparable imperfecto más próximo. Sólo si se logra probar que la asignación jamás hubiese sido aceptada por partes vinculadas en circunstancias idénticas –siquiera mediando contraprestación- la realización de un ajuste transaccional para reubicar el riesgo estaría plenamente justificada.

En el siguiente ejemplo la OCDE entiende que la práctica de un ajuste transaccional resolvería el problema que se plantea en torno a la asignación de riesgos. Un mayorista ordena a un minorista qué productos debe vender, a qué precio, el volumen de ventas y las campañas de promoción que debe promover, por lo que el mayorista ejerce ciertas funciones que afectan a riesgos relacionados con las oportunidades de negocio del minorista. Ante esta situación, se advierte que carece de sentido que el riesgo por obsolescencia de inventario sea asumido por el minorista, puesto que no tiene capacidad de controlar ni mitigar el riesgo. Además, se menciona que la existencia de riesgo moral indica que el minorista no suscribiría tal riesgo sin adoptar salvaguardas. La consecuencia que se propone es la realización de un ajuste transaccional mediante el cual se atribuya el riesgo al mayorista⁷⁸⁹.

A nuestro parecer, el parámetro de control sobre el riesgo es adecuado para realizar un análisis técnico sobre el impacto de su atribución en un caso dado, pero no puede ser reputado como criterio único ni decisivo por sí solo para la realización de modificaciones en la operación⁷⁹⁰. En el supuesto planteado, tal resultado se debería alcanzar una vez constatada fehacientemente la imposibilidad de que partes independientes hubiesen aceptado tal distribución de riesgos de acuerdo a sus circunstancias⁷⁹¹. Dos elementos clave en este sentido son el nivel de aversión al riesgo de las partes y su poder de negociación. El hecho de que el mayorista imponga sus condiciones y ello determine una mayor volatilidad en la obtención de retornos por parte del minorista podría encontrar explicación por una débil posición de partida del minorista y un nivel de aversión al riesgo que tolerase tal acuerdo. De hecho, no resulta complicado encontrar casos en la práctica en que se dan este tipo de situaciones; los

⁷⁸⁹ Vid. *OECD 2014 BEPS Actions 8, 9 and 10. Draft on revisions to chapter I of the Transfer Pricing Guidelines (including risk, recharacterisation, and special measures)*, par.62

⁷⁹⁰ Con todo, esta parece ser la pretensión de la OCDE. Vid. WITTENDORFF (2016), p.332.

⁷⁹¹ Cfr. *OECD 2015 Aligning Transfer Pricing Outcomes with Value Creation, Actions 8-10 – 2015 Final Reports*, par.1.97 del que se deriva una conclusión similar.

supuestos de contratos de franquicia en que el franquiciador es un grupo multinacional con poder suficiente para poder imponer prácticamente todas las condiciones y circunstancias en que el negocio del franquiciado se va a desarrollar, constituyen un buen ejemplo.

El cálculo de contraprestaciones adecuadas a las circunstancias del caso debería bastar para resolver la mayor parte de supuestos en que la distribución de riesgos plantee problemas. Supongamos que en el ejemplo anterior, el mayorista y el minorista estuviesen en una posición negociadora equiparable, el minorista muestra una alta aversión al riesgo el riesgo moral fuese también elevado, hasta tal punto que el minorista no hubiese aceptado entablar la relación comercial con el mayorista por este motivo. En tal caso sí podría plantearse la realización un ajuste transaccional, ya que el minorista no hubiese acometido la operación, siquiera a cambio de una contraprestación más elevada. De otra forma, los parámetros de aversión, poder de negociación, control, gestión del riesgo o existencia de riesgo moral servirán para concretar el cálculo de una contraprestación adecuada al mandato *at arm's length*.

Un criterio que las TPG obvian pero que es el más eficiente y racional de acuerdo con la literatura económica, consiste en la atribución del riesgo a la parte que mejor está situada para diversificarlo⁷⁹² y provocar una reducción de la desviación o varianza que es la causa del riesgo y en consecuencia una disminución en los costes derivados de su asunción⁷⁹³. De esta forma podría suceder que una de las partes está en mejor posición para gestionar el riesgo y la otra para diversificarlo, en cuyo caso de acuerdo con este planteamiento, la solución lógica desde un punto de vista de racionalidad económica debería prevalecer sobre la solución propuesta por la OCDE, ya que es la solución que en principio adoptarían partes independientes operando en mercado abierto.

En segundo lugar, se propone el análisis de la capacidad financiera para asumir la materialización del riesgo o la protección sobre las consecuencias de su materialización⁷⁹⁴. Si bien la OCDE plantea este criterio como secundario, la doctrina

⁷⁹² Dicho con otras palabras, la asignación de riesgos se debe efectuar a la parte que sufra un menor coste por asumirlo, BULLEN; GERTEN; STÜRZLINGER (2009), p.103; KAMPHUIS (2009), p.7.

⁷⁹³ KAMPHUIS (2009), p.6.

⁷⁹⁴ TPG par.9.30. UN-PMTP13, par.5.3.2.27.

más autorizada entiende que es el único relevante a estos efectos⁷⁹⁵. Debemos señalar no obstante que a nuestro parecer este parámetro se debe emplear para determinar correctamente la base fáctica de la operación bajo análisis, ya que el riesgo no puede atribuirse a un sujeto que no lo soporta⁷⁹⁶, puesto que lo contrario supondría conformar los hechos del caso erróneamente. En otras palabras, carece de sentido reasignar un riesgo por el solo hecho de que otra parte tenga capacidad financiera para afrontarlo, cuando el sujeto original también la tiene. En este sentido, las TPG aciertan al adoptar este criterio para determinar la asignación de riesgos en el ámbito del análisis funcional, antes siquiera de valorar la existencia de comparables. Como hemos tenido ocasión de comprobar, no sucede lo mismo con el criterio del control sobre el riesgo, que será relevante en el ámbito de los ajustes transaccionales y cuya relevancia debe relativizarse frente a la posibilidad de determinar una compensación adecuada.

5.2. Metodología propuesta aplicada a la atribución de beneficios generados por activos intangibles.

El tratamiento de las operaciones referidas a activos intangibles en el ámbito de los precios de transferencia plantea una gran variedad de problemas, dadas las características propias de estos elementos patrimoniales, que abarcan desde la constatación de su existencia y la dificultad para alcanzar una definición consensuada a nivel internacional⁷⁹⁷, problemas para encontrar comparables⁷⁹⁸ y dificultades de valoración y atribución derivadas de su capacidad para generar beneficios superiores a los retornos rutinarios que generan activos tangibles, entre otros.

Un activo intangible es una fuente de valor cuyo origen se encuentra en la aprehensión de procesos innovadores, diseños de organización únicos o prácticas humanas

⁷⁹⁵ SCHÖN (2014), p.288.

⁷⁹⁶ Vid. *supra* apartado 3.1.1.2.

⁷⁹⁷ Por ejemplo, los factores de economías de localización y otras características de mercado (*location savings and other market features*), mano de obra organizada (*assembled workforce*) y sinergias de grupo (*MNE Group Synergies*) no se consideran intangibles en las TPG, a diferencia de la posición que mantienen China e India, reflejada en el capítulo 10 del Manual de Precios de Transferencia de las Naciones Unidas, publicado en 2012. Vid. LAGARDEN (2014), p.342.

⁷⁹⁸ De hecho, se considera que aunque el análisis de comparabilidad no exige identidad sino similitud, no es posible hallar un término de comparación entre intangibles con gran capacidad para generar beneficios e intangibles cuya capacidad es modesta, siquiera practicando ajustes razonablemente precisos. Vid. BONNEY; SHERWOOD (1989), p.96.

concretas⁷⁹⁹. Los principales atributos que diferencian a los intangibles de los activos tangibles son la posibilidad de explotación por múltiples sujetos sin costes de oportunidad asociados y el hecho de que los retornos de escala aumenten en lugar de disminuir, lo que explica su enorme potencial para generar beneficios. Como contrapunto, los inconvenientes a tener en cuenta son una mayor dificultad para excluir a terceros de su utilización, la imposibilidad en ciertos casos de enajenación del intangible debido a sus propias características, o a la inexistencia de mercados a tal fin y el riesgo inherente a su desarrollo, más elevado que el referido al desarrollo de activos tangibles⁸⁰⁰. Todas estas características son relevantes a la hora de comprender por qué los intangibles son al mismo tiempo la principal fuente de retornos para grupos multinacionales y el punto de conflicto más relevante en la correcta aplicación de la normativa sobre precios de transferencia⁸⁰¹, en especial ante la ausencia de comparables apropiados⁸⁰².

El fenómeno de los intangibles en el ámbito de la normativa sobre precios de transferencia ha sido objeto de constante revisión por parte de la OCDE a lo largo de este último lustro, como demuestran los distintos hitos en relación con la materia que derivarán en una futura actualización del actual Capítulo VI de las TPG10 –idéntico al capítulo VI de las TPG95- como son el informe 2012⁸⁰³, el informe 2013⁸⁰⁴, el borrador de 2014 sobre el punto 8 del Plan de Acción BEPS⁸⁰⁵ y el informe final de las acciones 8 a 10 de BEPS, publicado en 2015⁸⁰⁶. Estos dos últimos se engloban en la revisión de aspectos relacionados con los precios de transferencia para que el contenido de las pautas referidas a activos intangibles se encuentre alineado con la creación de valor⁸⁰⁷.

⁷⁹⁹ LEV (2001), p.24-49.

⁸⁰⁰ BRAUNER (2008), p.89-92.

⁸⁰¹ KROPPEL; SILVA (2011), p.38.

⁸⁰² UN-PMTP13, par.1.6.6.

⁸⁰³ *OECD 2012 Discussion Draft. Revision of the Special Considerations for Intangibles.*

⁸⁰⁴ *OECD 2013 Revised Discussion Draft on Transfer Pricing Aspects of Intangibles.*

⁸⁰⁵ *OECD 2014 BEPS Action 8 deliverable. Guidance on transfer pricing aspects of intangibles.*

⁸⁰⁶ *OECD 2015 Aligning Transfer Pricing Outcomes with Value Creation, Actions 8-10 – 2015 Final Reports*, par.6.32 et seq.

⁸⁰⁷ *OECD 2013 Action Plan on Base Erosion and Profit Shifting*, p20: “desarrollar pautas para prevenir BEPS a través del traspaso de intangibles entre miembros de un mismo grupo. Esto implicará: (i) adoptar un concepto de intangible que sea amplio y se encuentre claramente definido; (ii) asegurarse de que los beneficios asociados con la venta y el uso de intangibles se asignan de acuerdo con (y no en contra de) la creación de valor; (iii) desarrollar normativa sobre precios de transferencia o medidas especiales en los supuestos de intangibles de difícil valoración; y (iv) actualizar las pautas sobre acuerdos de reparto de costes”.

En especial, la OCDE pretende abordar un esquema de planificación fiscal relativamente usual en el campo de la gestión de intangibles a efectos fiscales, consistente en emplear entidades *cash box* –entidades muy capitalizadas pero con pocos recursos humanos y materiales, residentes en jurisdicciones de baja o nula tributación– para financiar la creación y explotación de intangibles apoyándose en entidades de grupo, logrando sin embargo que la propiedad jurídica de estos bienes permanezca en el seno de la primera⁸⁰⁸. Dicha entidad gestionará los réditos derivados de la explotación del intangible y en su caso supervisará las funciones externalizadas, de tal forma que percibirá la totalidad de rendimientos generados por el intangible y remunerará a las entidades que llevan a cabo las actividades señaladas –normalmente aplicando el método del coste más margen (*cost plus*)– por importes normalmente ínfimos en comparación con el beneficio total obtenido. Este tipo de operaciones son muy útiles para trasladar beneficios a territorios de baja o nula tributación a través de un esquema de planificación fiscal lícita⁸⁰⁹, razón que justifica que en el marco del proceso BEPS, la urgencia por atacar este tipo de estructuras ha aumentado.

En este contexto, el problema más importante que se plantea es la correcta asignación de los beneficios derivados del intangible a cada parte interviniente en su creación, desarrollo, mantenimiento y protección en función de su aportación y teniendo en cuenta quién ostenta la propiedad del bien. La OCDE ha planteado dos caminos distintos para lograr alcanzar dicha meta.

El primero se basa en la atribución del propio intangible y por ende de los rendimientos que genera a aquella parte que pueda considerarse como “propietaria económica” del bien. Este enfoque surgió en un borrador de 2012 y logró crear gran consenso en la doctrina⁸¹⁰, especialmente crítica con la fórmula propuesta en el texto porque obvia la realidad jurídico-privada que subyace a las relaciones entre sujetos vinculados.

⁸⁰⁸ Vid. ROSENZWEIG (2015), p.385. YUAN; LIU; CHAN (2015), p.5 explican de manera pormenorizada esta estructura refeririéndose a su utilización por parte de grupos empresariales chinos en proceso de internacionalización.

⁸⁰⁹ Vid. *OECD 2014 BEPS Action 8 deliverable. Guidance on transfer pricing aspects of intangibles*, par.6.42.

⁸¹⁰ Si bien existen excepciones, vid. SILBERZTEIN (2011b), p.7, que propone desconocer los términos de la operación, opción que carece de sentido por existir vías menos gravosas para dar cumplimiento al *arm's length principle*.

El segundo determina la necesidad de compensar a las partes que hayan contribuido a la generación de rendimientos por parte del intangible, postura que se adoptó en el informe de 2013. Dicho con otras palabras, se toma como punto de partida la propiedad jurídica para a continuación determinar las compensaciones oportunas entre los miembros del grupo que han contribuido de alguna forma al desarrollo del intangible. El borrador de 2014 integra elementos de ambos enfoques, mientras que en el informe de 2015 se opta definitivamente por este método.

Ante la posibilidad de que estos parámetros puedan emplearse como fundamento para la realización de ajustes transaccionales, analizaremos en detalle su contenido para descartar aquellos planteamientos no acordes al mandato *at arm's length*. En este sentido es necesario advertir que la OCDE propone en ocasiones criterios que no parten de este estándar sino de la necesidad de prevenir la erosión de bases imponibles y el traslado de beneficios en concordancia con el proyecto BEPS. Trataremos de identificar tales desviaciones para descartarlas y vislumbrar cuál es el método más apropiado para resolver el problema de la atribución de retornos generados por activos intangibles y su impacto en el planteamiento de ajustes transaccionales conformes al principio de plena competencia.

5.2.1. El concepto de propiedad económica es contrario al principio de plena competencia.

El primer ámbito en que se podría plantear la práctica de ajustes transaccionales es el relativo a las pautas relevantes para la atribución de la propiedad. En este sentido, las reglas de atribución jurídico-privadas sobre las que normalmente se asienta la atribución de rentas en el ámbito tributario –salvo disposición en contrario– corren el riesgo de verse desplazadas por la preponderancia de la propiedad económica del bien como parámetro válido basado en criterios como la creación del intangible o su mejora⁸¹¹, que a continuación analizaremos

⁸¹¹ VAN WIJK; KALRA; WILPITZ (2012), p.6. LAGARDEN (2014), p.337.

La OCDE propone un sistema de atribución de rentas amparado en el concepto de propiedad económica en el informe de 2012⁸¹², donde se asevera que si bien la realidad registral y los acuerdos contractuales son el punto de partida para determinar el derecho a la percepción de rendimientos derivados de intangibles, la conducta de las partes debe prevalecer⁸¹³. Esta última expresión se emplea para hacer referencia a una doble realidad cuyos términos se entremezclan y confunden en el texto del borrador. Cabe señalar que en informes posteriores la OCDE también se refiere a la conducta de las partes, pero no desde una perspectiva de prevalencia del criterio de propiedad económica, sino como expresión de coherencia entre los hechos y los términos contractuales alcanzados⁸¹⁴.

Por un lado, se señala la necesidad de dar cumplimiento a los acuerdos contractuales y el hecho de que no siempre las partes respetan lo estipulado por escrito⁸¹⁵. La ausencia de correlación entre ambos elementos se debería resolver en el ámbito de la determinación de los hechos sin que pueda tener lugar su modificación, ya que de otro modo ello supondría la realización de ajustes transaccionales contrarios al *arm's length principle*. Con todo, la OCDE señala que se deben adoptar como referencia los principios económicos que rigen las relaciones entre partes independientes para la concreción de los hechos del supuesto⁸¹⁶. A nuestro parecer, éste parámetro debe ser rechazado de plano por las mismas razones que ya apuntamos más arriba⁸¹⁷.

⁸¹² La expresión “propiedad económica” ha sido empleada por la doctrina para describir los efectos del sistema planteado por el informe de 2012, no así por el propio informe, probablemente para no suscitar mayores críticas. La OCDE prefiere emplear la expresión “derecho a percibir retornos relacionados con el intangible”. Vid. *inter alia* OECD 2012 Discussion Draft. Revision of the Special Considerations for Intangibles, par.46.

⁸¹³ OECD 2012 Discussion Draft. Revision of the Special Considerations for Intangibles, par.35, par.37.

⁸¹⁴ Vid. par.6.34 (iii) OECD 2014 BEPS Action 8 deliverable. Guidance on transfer pricing aspects of intangibles y par.6.34 (iv) OECD 2015 Aligning Transfer Pricing Outcomes with Value Creation, Actions 8-10 – 2015 Final Reports.

⁸¹⁵ OECD 2012 Discussion Draft. Revision of the Special Considerations for Intangibles, par.37 “es importante examinar si la conducta de las partes se encuentra alineada con los términos presentes en los registros y en los contratos o si la conducta de las partes indica que las formas legales y los términos contractuales no se han respetado”.

⁸¹⁶ OECD 2014 BEPS Action 8 deliverable. Guidance on transfer pricing aspects of intangibles: “los términos contractuales sean ambiguos o se encuentren incompletos, o cuando la sustancia fáctica de la operación reflejada en la conducta de las partes sea inconsistente con los acuerdos escritos” (la cursiva es nuestra).

⁸¹⁷ Vid. *supra* apartado 3.1.2.

Por otro lado, el texto continúa advirtiendo que es necesario un examen de funciones, riesgos y costes en relación con la creación, desarrollo, mantenimiento y protección de los intangibles en función de la “sustancia”, siendo éste el criterio prevalente. Esta es la posición de partida sobre la que se asienta el concepto de propiedad económica propuesto en 2012⁸¹⁸. Al describir las pautas concretas por las cuales se valora la atribución del intangible según el concepto de propiedad económica que el informe plantea, se pone gran énfasis en las funciones realizadas tanto en lo relativo a la creación, desarrollo, mantenimiento y protección como al control de la entidad que las realiza en caso de que tales funciones se externalicen⁸¹⁹, en especial a través de los empleados de la entidad⁸²⁰.

Este enfoque es idéntico al empleado en la definición de pautas para la atribución de beneficios a establecimientos permanentes en el contexto del art.7⁸²¹ basado en el criterio de las funciones humanas sustantivas⁸²² como punto de partida para concretar las funciones que realiza un EP y los activos y riesgos que son atribuibles al mismo⁸²³. Así las cosas, el factor decisivo según el informe es el referido a la gestión diaria y las contribuciones que aumenten el valor del intangible⁸²⁴, incidiendo sobre todo en la realización de funciones para el desarrollo del intangible directamente por parte de la sociedad propietaria del mismo⁸²⁵.

A nuestro parecer, el empleo del criterio de propiedad económica es contrario al *arm's length standard* por diversos motivos. Primero, el uso de este concepto desconoce el entramado normativo en que pretende insertarse. Las pautas sobre atribución de

⁸¹⁸ En este sentido, el concepto de propiedad económica que se maneja en este ámbito no es idéntico, sino más amplio, que el empleado en otras instancias del Derecho tributario, en que el significado del término se identifica con el poder de disposición o el dominio efectivo del bien. Vid. COMBARROS VILLANUEVA (1984), p.488.

⁸¹⁹ *OECD 2012 Discussion Draft. Revision of the Special Considerations for Intangibles*, par.38-41. GARBARINO; D'AVOSSA (2015), p.14.

⁸²⁰ *OECD 2012 Discussion Draft. Revision of the Special Considerations for Intangibles*, par.40.

⁸²¹ También conocido como *Authorized OECD Approach* o AOA, vid. CMCOE14 art.7, par.15 et seq. *OECD 2008 Report on the attribution of profits to permanent establishments*. WITTENDORFF (2013) advierte de intenciones ocultas por parte de la OCDE, que tiende a armonizar el régimen de atribución de beneficios a EPs y los criterios aplicables a situaciones en que intervienen partes vinculadas. En la misma línea, WITTENDORFF (2015b), p.1123.

⁸²² En inglés, *significant people functions*.

⁸²³ CMCOE14 art.7, par.21.

⁸²⁴ GLAIZE et al. (2013), p.12.

⁸²⁵ TRAPÉ VILADOMAT (2014), p.304.

intangibles deberían partir de las normas de atribución de activos y rentas del derecho interno⁸²⁶, de modo que el impacto real de las recomendaciones realizadas en el borrador de 2012, el informe resultante de la Acción 8 de BEPS de 2014 o la futura versión del Capítulo VI sobre intangibles en las TPG previsiblemente tendrán un impacto mínimo real a no ser que los Estados incorporen en su derecho interno estas disposiciones. En todo caso, en aquellos Ordenamientos en que las normas de atribución de rentas se basan en la propiedad jurídica del bien que las genera, las pautas fijadas en estos textos serán contrarias a derecho y por tanto no aplicables salvo que una disposición legal expresamente así lo exija.

Segundo, el planteamiento del criterio de propiedad económica induce a confusión, puesto que en ocasiones se utiliza como un soporte para la “correcta” determinación de los hechos. Esta opción es totalmente contraria a la lógica del análisis de comparabilidad⁸²⁷, puesto que según defendimos en su momento, alterar la definición de los hechos conlleva de manera inexorable la realización de un ajuste transaccional contrario al principio de plena competencia.

Tercero, el abandono de parámetros jurídicos a la hora de determinar la atribución de un intangible colisiona con el hecho de que partes independientes siempre tomen en consideración la protección que otorga el Ordenamiento al propietario jurídico de un bien⁸²⁸. Por tanto es dudoso que este criterio sea conforme principio de plena competencia.

Cuarto, el establecimiento a priori de requisitos para la atribución de la propiedad puede colisionar con el *arm's length standard*⁸²⁹ ya que el contribuyente puede ver mermadas sus posibilidades de probar la existencia de comparables⁸³⁰, en aras de evitar la realización de un ajuste transaccional por parte de la administración⁸³¹.

⁸²⁶ WITTENDORFF (2012a), p.944; WITTENDORFF (2013), p.1330 se refiere además a los problemas de compatibilidad con los artículos presentes en Convenios equivalentes a los arts. 12(1) y 13(5) MCOCDE14.

⁸²⁷ En el mismo sentido CHANDLER; KAPOOR; SUBRAMANIAN; VON THADEN (2012), p.789.

⁸²⁸ WITTENDORFF (2012), p.944.

⁸²⁹ Vid. WITTENDORFF (2012), p.952. DUNAHOO (2012), p.597.

⁸³⁰ SILBERZTEIN; BENNET; LEMEIN (2013a), p.62 lamentan la ausencia de referencias a la comparabilidad en el informe de 2012 que, como sabemos, abandona casi por completo la búsqueda de comparables en este sentido. En la misma línea, CHANDLER et al. (2012), p.791 proponen eliminar las presunciones sobre las que se basa el informe de 2012, que promueve la atribución económica del

Quinto, desde un punto de vista práctico, en buena parte de supuestos resulta casi imposible atribuir correctamente el intangible a una entidad en concreto, ya que los grupos multinacionales normalmente asignan funciones en la generación y explotación de sus intangibles a distintas entidades sin que sea posible asignar la propiedad económica a ninguna en concreto⁸³².

Sexto, la atribución económica de la propiedad obvia que el propietario jurídico ha incurrido en riesgos al adquirir el activo intangible, relativos al coste de oportunidad de emplear recursos en realizar esta inversión en lugar de escoger otra alternativa.

Séptimo, desde la óptica del modelo para la realización de ajustes transaccionales propuesto en este trabajo, aunque se cumpla el supuesto de hecho para modificar las condiciones de la operación, la atribución económica de la propiedad del intangible jamás será una solución válida, pues a través de un sistema de compensación se lograría en todo caso un resultado igualmente válido pero menos gravoso y acorde con el principio de proporcionalidad.

Por todo ello, el empleo de un concepto económico de propiedad debe descartarse a los efectos de determinar la idoneidad de la realización de ajustes transaccionales en el ámbito de la atribución de retornos generados por activos intangibles. Es así que su supresión en el resto de informes referidos al tema emitidos por la OCDE a partir de 2013 ha de reputarse como positiva. Con todo, a pesar de que el contenido del borrador de 2013 modificó radicalmente el contenido del documento de 2012 y se eliminó la propuesta basada en la propiedad económica del activo, su impacto ha permanecido en otros documentos, esta vez sí de carácter normativo. En concreto, el Decreto holandés de 2013 sobre precios de transferencia adopta en su sección 8 una postura muy cercana

intangible y sus correspondientes rendimientos y sustituirlo por el criterio habitual en el *arm's length principle*, el análisis de comparabilidad.

⁸³¹ En especial, en el informe de 2012, se establece a priori que aportar financiación sin desarrollar otras funciones no debería dar lugar a la obtención de rendimientos derivados de intangibles, una afirmación que es imposible trasladar al ámbito de las operaciones entre partes independientes y por tanto resulta contraria al *arm's length principle*, sobre todo porque el riesgo asociado a la inversión justifica por sí sólo la obtención de retornos. Vid. DUNAHOO (2012), p.598. En los informes de 2013, 2014 y 2015 la OCDE reconoce tal extremo y corrige su postura.

⁸³² En este sentido, resulta mucho más acertado un planteamiento basado en calcular correctamente compensaciones a las distintas partes que realizan aportaciones para el desarrollo del intangible en función de su importancia relativa, visión que la OCDE prima en su borrador de 2013.

a la descrita⁸³³. En este documento se indica que si el adquirente de un activo intangible no es capaz de desarrollar funciones necesarias para generar valor ni es capaz de controlar los riesgos derivados de la explotación del intangible, la enajenación de este activo no debió tener lugar por considerarse que no cumple con el criterio de racionalidad comercial⁸³⁴. La consecuencia jurídica es idéntica por tanto a la adopción del criterio de propiedad económica propuesta en el informe sobre intangibles de 2012. En consecuencia, cabe destacar que si bien es positivo que la OCDE abandone con celeridad un criterio abiertamente contrario al principio de plena competencia, cabría preguntarse en primer lugar si siquiera debió incluirse, porque el riesgo de que distintos Estados puedan adoptarlo como referencia para diseñar su normativa interna es elevado.

5.2.2. La compensación de funciones y riesgos como medio adecuado para asignar los beneficios generados por un activo intangible.

A partir del borrador del 2013, se descarta la aproximación económica para adoptar un enfoque que emplea una visión centrada en el propietario jurídico del intangible⁸³⁵. En caso de que no exista propietario, el intangible se atribuiría a la entidad que ejerza control sobre las decisiones referidas a la explotación del intangible y ostente la capacidad de excluir a terceros de su uso⁸³⁶. Se eliminan las referencias tanto a la atribución de la propiedad del bien atendiendo a las funciones realizadas como a la necesidad de desempeñar las mismas a través del propio personal de la entidad⁸³⁷. Este planteamiento se sustituye por una aproximación referida a la necesidad de que el propietario jurídico del bien compense a todas aquellas partes que intervengan y contribuyan a su creación, desarrollo, mantenimiento y protección⁸³⁸, mucho más

⁸³³ Vid. Decreto de 14 de noviembre de 2013 n. IFZ 2013/184 M, disponible versión oficial en inglés.

⁸³⁴ DIJKMAN; SPORKEN (2015), p.3.

⁸³⁵ Vid. *OECD 2015 Aligning Transfer Pricing Outcomes with Value Creation, Actions 8-10 – 2015 Final Reports*, par.6.34 v).

⁸³⁶ *OECD 2015 Aligning Transfer Pricing Outcomes with Value Creation, Actions 8-10 – 2015 Final Reports*, par.6.40.

⁸³⁷ *OECD 2013 Revised Discussion Draft on Transfer Pricing Aspects of Intangibles*, par.76. *OECD 2014 BEPS Action 8 deliverable. Guidance on transfer pricing aspects of intangibles*, par.6.51.

⁸³⁸ *OECD 2013 Revised Discussion Draft on Transfer Pricing Aspects of Intangibles*, par.73. *OECD 2014 BEPS Action 8 deliverable. Guidance on transfer pricing aspects of intangibles*, par.6.45. Vid. SILBERZTEIN; BENNET; LEMEIN (2013b), p.71.

razonable y acorde con el mandato *at arm's length* siempre que se aplique de manera adecuada.

El método propuesto a tal efecto consiste en (1) identificar el uso o transmisión de intangibles y los riesgos referidos a su creación, desarrollo, mantenimiento, protección o explotación; (2) identificar los acuerdos contractuales con especial énfasis en determinar la propiedad jurídica del intangible en cuestión, así como los derechos y obligaciones inherentes; (3) identificar las funciones que realiza cada parte encaminadas al creación, desarrollo, mantenimiento, protección o explotación del intangible; (4) contrastar la coherencia entre la conducta de las partes y los términos contractuales; (5) determinar las operaciones entre el propietario del intangible y las partes que participan en su creación, desarrollo, mantenimiento, protección o explotación; (6) fijar la compensación *at arm's length* que percibirá cada parte por el desarrollo de tales funciones⁸³⁹.

Con todo, para el organismo internacional, el hecho de detentar la propiedad jurídica del bien no significa por sí sólo tener el derecho a percibir y retener los rendimientos que genera⁸⁴⁰. La manifestación más extrema de este aserto sería aquella situación en que el propietario podría en última instancia no disfrutar de rendimiento alguno al no realizar ningún tipo de aportación para contribuir a la creación o aumento del valor del intangible⁸⁴¹.

Para sostener este resultado, la OCDE advierte que la propiedad es simplemente un punto de referencia para determinar qué sujetos deben compensar y quienes percibir una remuneración, por (1) llevar a cabo o ejercer control sobre las funciones de creación, desarrollo, mantenimiento, protección o explotación; (2) proveer de financiación o de otros activos o (3) controlar riesgos asociados al intangible; y de esta forma determinar

⁸³⁹ *OECD 2015 Aligning Transfer Pricing Outcomes with Value Creation, Actions 8-10 – 2015 Final Reports*, par.6.34.

⁸⁴⁰ *OECD 2014 BEPS Action 8 deliverable. Guidance on transfer pricing aspects of intangibles*, par.6.42. *OECD 2015 Aligning Transfer Pricing Outcomes with Value Creation, Actions 8-10 – 2015 Final Reports*, par.6.42. Vid. DURST (2012a), p.317.

⁸⁴¹ Esto sucedería si el propietario no realiza ninguna función ni asume riesgo alguno referidos a la creación, desarrollo, mantenimiento y protección del intangible, vid. *OECD 2013 Revised Discussion Draft on Transfer Pricing Aspects of Intangibles*, par.73, 77. *Aligning Transfer Pricing Outcomes with Value Creation, Actions 8-10 – 2015 Final Reports*, par.6.42. *DELOITTE 2015 The new transfer pricing landscape. A practical guide to the BEPS changes*, p.18.

las contraprestaciones adecuadas⁸⁴². En consecuencia, según la OCDE un sujeto que sólo aporte financiación sin asumir ni controlar riesgos operacionales sólo debería percibir un retorno equivalente al coste de capital o coste de oportunidad por no haber optado por una inversión alternativa⁸⁴³.

La OCDE se refiere en especial a una serie de funciones que denomina “funciones importantes” (*important functions*), puesto que contribuyen de manera significativa al aumento en el potencial del intangible para generar retornos, como son por ejemplo el diseño y control de programas de marketing, la dirección de la actividad creativa, el control de decisiones estratégicas sobre los programas de desarrollo de intangibles, la gestión y control del presupuesto al efecto o la toma de decisiones clave en la defensa y protección de intangibles⁸⁴⁴. Además, también se establece la necesidad de remunerar el control de la supervisión de la actividad que se externalice, que consiste en la habilidad de comprender los procesos que derivan de las funciones desempeñadas por otras entidades y en consecuencia de monitorizar su correcto desarrollo, así como de tomar decisiones clave al respecto⁸⁴⁵. En consecuencia y a modo de resumen, cuantas más funciones desarrolle la entidad propietaria del intangible en relación a la creación, desarrollo, mantenimiento, protección y explotación de este activo, menor será la necesidad de retribución a terceros y mayor por tanto el retorno del intangible que podrá conservar⁸⁴⁶.

No obstante, un sistema compensatorio de acuerdo con las funciones realizadas y riesgos asumidos plantea ciertos problemas que podrían dar lugar en última instancia a la realización de ajustes transaccionales implícitos, por lo que es necesario traerlos a

⁸⁴² *OECD 2014 BEPS Action 8 deliverable. Guidance on transfer pricing aspects of intangibles*, par.6.48, 6.57-6.58. *OECD 2014 BEPS action 10, profit splits in the context of global value chains*, par.28. Esta postura se sitúa en línea con la normativa estadounidense en la materia, vid. *treas . Regs. 1.482-4(f)(4)(i)*.

⁸⁴³ *DELOITTE 2015 The new transfer pricing landscape. A practical guide to the BEPS changes*, p.18.

⁸⁴⁴ *OECD 2014 BEPS Action 8 deliverable. Guidance on transfer pricing aspects of intangibles*, par.6.56, 6.57. *OECD 2015 Aligning Transfer Pricing Outcomes with Value Creation, Actions 8-10 – 2015 Final Reports*, par.6.57, 6.58. SILBERZTEIN; BENNET; LEMEIN (2013a), p.62 advierten que el tratamiento de estas “funciones importantes” debe asentarse en el *arm’s length principle* y el análisis de comparabilidad.

⁸⁴⁵ HENSHALL et al. (2014), p.2. KOOMEN (2015b), p.238.

⁸⁴⁶ En este sentido, se indica en *OECD 2015 Aligning Transfer Pricing Outcomes with Value Creation, Actions 8-10 – 2015 Final Reports*, par.6.51 que para que el propietario del intangible retenga todos los beneficios derivados de este activo es necesario que lleve a cabo todas las funciones, utilice los activos necesarios y soporte todos los riesgos que justifiquen en última instancia. La misma idea se expresa de manera recurrente en otros párrafos del informe, vid. 6.55, 6.59, 6.61, 6.70.

colación y analizarlos. En base a los argumentos que a continuación exponremos, en última instancia defenderemos la imposibilidad de ajustar las condiciones de la operación en el ámbito de la atribución de beneficios derivados de activos intangibles.

Primero, la diferencia entre el modelo de atribución de la propiedad económica –cuya idoneidad hemos descartado en el subapartado anterior- y el modelo de compensación, tal y como se encuentran diseñados por la OCDE, podría llegar a ser mínima o incluso nula. Ambas visiones conducen a un reparto de los retornos totales generados por el intangible de acuerdo con las funciones ejercidas por las partes. De nuevo, la visión propuesta no se basa en el *arm's length standard* sino en el sistema de atribución de beneficios a establecimientos permanentes –AOA-⁸⁴⁷, en que necesariamente se debe atender a las funciones de las partes porque no es posible que exista una relación contractual de una empresa consigo misma –casa central/EP-. En otros términos, la OCDE trata al propietario jurídico del intangible como un sujeto más que debe recibir una compensación por las funciones, activos y riesgos aportados para la creación o desarrollo del intangible. De hecho, parece asumir que es el grupo multinacional en conjunto el verdadero propietario del intangible⁸⁴⁸, lo cual conduciría a desconocer el principio de entidad separada⁸⁴⁹. Por ello, aunque se proponga una aproximación más acertada y respetuosa con la correcta determinación de los hechos como primer paso del análisis de comparabilidad, el resultado de emplear este parámetro podría incluso llegar a ser idéntico al derivado de la atribución económica de la propiedad, ya que el cálculo de compensaciones podría llegar a impedir una asignación adecuada de rentas al propietario jurídico del bien. En tal caso, los argumentos vertidos en el subapartado anterior serían plenamente trasladables a dicha situación, sin duda contraria al principio de plena competencia.

⁸⁴⁷ COTTANI (2014), p.34. WITTENDORFF (2015a), p.167, 170, 173. GARBARINO; D'AVOSSA (2015), p.15. VROEMEN (2015), p.2.

⁸⁴⁸ *OECD 2014 BEPS Action 8 deliverable. Guidance on transfer pricing aspects of intangibles*, par.6.54: “el propietario jurídico que no realiza ninguna función relevante podrá sin embargo percibir retornos del grupo multinacional derivados de la explotación del intangible como compensación por los activos que emplea y los riesgos que asume”. Este matiz sin embargo no se encuentra presente por ejemplo en el Decreto holandés de Precios de Transferencia de noviembre de 2013 (IFZ 2013/194M) donde se indica que el dueño de un intangible situado en un territorio de baja tributación no debe percibir ningún tipo de retorno operacional. Vid. SPORKEN; VISSER (2015), p.16.

⁸⁴⁹ VERLINDEN et al. (2015), p.2.

Segundo, es imposible que una situación de vaciamiento total de rendimientos atribuibles al propietario jurídico del intangible se de en la realidad, puesto que el simple riesgo asociado a la inversión es presupuesto suficiente para reclamar una porción del retorno generado por el intangible⁸⁵⁰. Este hecho no es el único que daría lugar a justificar la obtención efectiva de rendimientos, ya que también se han de tener en cuenta otros factores como los costes de gestión que debe asumir el tenedor del intangible por el simple hecho de ser el perceptor de los retornos que más tarde distribuirá entre las partes que han contribuido al desarrollo del intangible, el riesgo derivado de la externalización de funciones, etc. Las compensaciones derivadas de estos conceptos jamás darán lugar a un vaciamiento total de los rendimientos obtenidos por el propietario jurídico del intangible. Además, cabe señalar que la inversión de capital y los riesgos asociados a la misma también deberían atraer beneficios no rutinarios⁸⁵¹.

Tercero, la solución propuesta por la OCDE en los informes encuadrados en el proyecto BEPS contradice ciertos criterios recogidos en las TPG. Según las *Guidelines*, si el propietario ejerce control sobre la posibilidad de externalizar o no las funciones que en principio podría llevar a cabo él mismo, sobre las funciones que en concreto delega en otras entidades, sobre la entidad en que recae tal responsabilidad o sobre el cambio de entidad que llevará a cabo la función, el remanente de la inversión tras la correspondiente compensación de funciones realizadas por terceros se atribuiría al propietario jurídico del bien. Así sucederá en el siguiente ejemplo propuesto en las TPG, referido a un inversor que contrata a un gestor de fondos para gestionar inversiones por su cuenta. El inversor controla sus riesgos a través de tres decisiones fundamentales: la decisión de contratar a ese gestor de fondos concreto (o de poner fin al contrato), la decisión sobre la amplitud de las facultades que confiere al gestor de fondos, junto con los objetivos que le fija, y la decisión sobre la cuantía de la inversión que confía a este gestor de fondos.

⁸⁵⁰ Vid. *OECD 2013 Revised Discussion Draft on Transfer Pricing Aspects of Intangibles*, par.82, 83, al hilo del análisis de supuestos en que el propietario del intangible únicamente ha aportado medios económicos para su desarrollo. También se puede inferir una posición semejante en *OECD 2014 BEPS Action 8 deliverable. Guidance on transfer pricing aspects of intangibles*, par.6.42 *in fine*, donde se indica que la entidad propietaria del intangible recibirá una “compensación” por la mera tenencia del bien. Resultaría un tanto extraño que el propietario de un bien se compense a sí mismo por su tenencia, pero esta imprecisión en los términos encuentra explicación en el marcado error del que parte la lógica de la OCDE a la hora de asignar rendimientos según el modelo que propone, puesto que considera al propietario jurídico como un sujeto más a compensar en lugar del sujeto que, efectivamente, deberá compensar a los demás y retendrá el beneficio restante. Volveremos sobre esta idea más adelante.

⁸⁵¹ VERLINDEN et al. (2015), p.2.

Con esto se ilustra el hecho de que un inversor que confiere a un tercero la capacidad de tomar las decisiones cotidianas sobre la inversión no le está transfiriendo necesariamente el riesgo de inversión⁸⁵². De igual forma, el hecho de que el propietario jurídico de un intangible decida exteriorizar su gestión, no implica que por ello deba dejar de percibir los retornos que le corresponden, en especial si se toma en consideración que un intangible es capaz de generar retornos muy por encima del coste de la inversión.

Cuarto, la OCDE descarta a priori el uso del método de coste más margen (*cost plus*), consistente en la compensación a aquellas entidades que realicen funciones referidas a la creación, desarrollo y gestión del intangible en base al cálculo de los costes y un margen de beneficio calculado de manera acorde⁸⁵³, para dar preferencia a métodos de reparto del resultado⁸⁵⁴. Este planteamiento introduce un sesgo inadmisibles en el correcto desempeño del análisis de comparabilidad, pues impide que el contribuyente plantee la posibilidad de contrastar comparables de mercado en que se opte por esta forma de remuneración frente a otro tipo de reparto⁸⁵⁵. Dado que la asignación de los retornos que genera el intangible debe partir de su obtención por parte del propietario jurídico, éste podría retribuir al resto de entidades que participen en la creación, desarrollo, mantenimiento, protección o explotación, cubriendo el coste y asignando los márgenes de beneficios que razonablemente exigirían empresas independientes⁸⁵⁶.

⁸⁵² Estas reflexiones coinciden con las vertidas en los TPG par.9.25 a 9.27. Vid. KOOMEN (2015b), p.236.

⁸⁵³ OECD 2013 Revised Discussion Draft on Transfer Pricing Aspects of Intangibles, par.76. SPORKEN; VISSER (2015), p.13. OECD 2015 Aligning Transfer Pricing Outcomes with Value Creation, Actions 8-10 – 2015 Final Reports, par.6.58, 6.79, 6.141. MILEWSKA; AMAYA (2015), p.49 se refieren al empleo de este método en el ámbito de la industria farmacéutica en México. DE MIK; RUSSO (2009), p.5 indican que la OCDE rechaza la aplicación de métodos basados en costes en el área de intangibles.

⁸⁵⁴ OECD 2015 Aligning Transfer Pricing Outcomes with Value Creation, Actions 8-10 – 2015 Final Reports, par.6.72.

⁸⁵⁵ VINCENT; LUQUET (2015), p.1476 señalan que en la práctica existen ejemplos de empresas, con diversos objetivos y diferentes grados de poder de negociación, en que el titular jurídico del bien percibe los rendimientos residuales –tras haber remunerado al resto de partes por las funciones que ejercen–.

⁸⁵⁶ Vid. Ulf ANDRESEN (1999) *Konzernverrechnungspreise für multinationale Unternehmen*, p.207, citado en WITTENDORFF (2013), p.1333. Contra YUESHENG (2015), p.225 y BRAUNER (2015), p.78 quienes sostienen en la misma línea que la OCDE debería permitir una atribución de beneficios que no supere el coste de financiación para aquellas empresas que únicamente aporten capital para el desarrollo del intangible. Esta misma postura es adoptada por WELLS; LOWELL (2014), p.770 en referencia a las pautas sobre acuerdos de reparto de costes (*Cost Sharing Agreements* o CSA) en las *Regulations* americanas, cuyo contenido debería modificarse para no permitir que los beneficios residuales (tras haber remunerado las funciones ejercidas por las partes) a la parte que únicamente aporta la financiación. Vid. Treas. Regs. 1.482-7.

Si el contribuyente es capaz de demostrar que el método de coste más margen es el más adecuado, éste debería prevalecer sobre otras opciones que normalmente adolecerán de mayor imprecisión, como el empleo del método de la distribución del resultado. Dicho con otras palabras, para realizar un análisis de comparabilidad adecuado se debería atender a las circunstancias del caso sin ningún tipo de prejuicios a la hora de emplear una u otra metodología. El beneficio que supere ambos componentes remunerativos permanecerá en la entidad propietaria del bien, porque no es susceptible de asignación a ninguna otra. De hecho el remanente podrá ser positivo, negativo o cero, pues es el propietario jurídico quien asumirá el riesgo de la explotación del intangible⁸⁵⁷.

Quinto, la OCDE trata de ligar los beneficios residuales (*extra profits*) al desempeño de funciones, cuando la realidad muestra que normalmente son los riesgos el factor clave para asignar tales ganancias, elemento éste que además se suele alinear con el riesgo de inversión⁸⁵⁸. Nuestra intención no es predeterminar la asignación de beneficios residuales sino constatar que el planteamiento de este organismo internacional, que además es formulado de manera reiterada y tajante, no siempre casará con el principio de plena competencia, de modo que las pautas ofrecidas al respecto en los distintos documentos y borradores citados deberían ser sometidas a revisión o directamente descartarse.

Según hemos podido comprobar, el análisis sobre la generación de retornos derivados de un activo intangible debe partir necesariamente de su obtención por parte del propietario jurídico del bien, salvo norma en contrario presente en el derecho interno del Estado que efectúa el ajuste. La remuneración por funciones ejercidas por otras entidades del grupo se deberá valorar a mercado en el marco del análisis de comparabilidad. Si el contribuyente logra encontrar comparables suficientemente próximos –incluyendo la realización de ajustes de comparabilidad– que respalden el empleo de métodos como el coste incrementado o el margen neto transaccional, éstos serían preferibles a la solución consistente en la reasignación total de los retornos de acuerdo tomando como única referencia las funciones ejercidas por las partes. En este sentido, la OCDE yerra al proponer un sistema cerrado que no contemple dicha

⁸⁵⁷ OECD 2014 BEPS Action 8 deliverable. *Guidance on transfer pricing aspects of intangibles*, par.6.47.

⁸⁵⁸ VERLINDEN et al. (2015), p.10.

posibilidad. De hecho, la predefinición del método de compensación basado en un reparto global de los retornos no debe prevalecer por sí sola sobre la existencia de comparables que indiquen un resultado contrario.

El método propuesto por la OCDE sí podría ser adecuado en caso de que no existieran comparables y la aplicación del método de reparto del beneficio diese lugar a un resultado aceptable. Sin embargo, la fiabilidad de su aplicación está sujeta al hecho de que se cumplan las condiciones adecuadas para su utilización. En términos generales, el método será útil cuando exista una integración elevada entre los sujetos intervinientes, de tal forma que ambos realicen aportaciones únicas y valiosas⁸⁵⁹. En otro caso, ante la imposibilidad de llevar a cabo un análisis de comparabilidad adecuado, la compensación de acuerdo al método del coste incrementado basado en un cálculo razonable del retorno que partes independientes esperarían obtener de acuerdo a su posición negociadora podría ser un método adecuado⁸⁶⁰.

En consecuencia, en supuestos relativos a la atribución de beneficios derivados de activos intangibles, la realización de ajustes transaccionales será contraria al *arm's length principle* si el problema se puede resolver modulando la compensación de acuerdo con la metodología propuesta en el modelo que hemos desarrollado en apartados anteriores.

5.3. Metodología propuesta aplicada a la transmisión de activos intangibles de difícil valoración.

La transmisión de activos intangibles plantea numerosos problemas de valoración *ex ante*, en especial ante la ausencia de comparables que suele caracterizar este tipo de operaciones y por las dificultades a la hora de prever los retornos que generará el activo a lo largo de su vida útil, que surgen normalmente debido a la asimetría en la información que posee el contribuyente frente a la administración⁸⁶¹. Este escenario

⁸⁵⁹ TPG, par.2.109. *OECD 2014 BEPS action 10, profit splits in the context of global value chains*, par.7.

⁸⁶⁰ Cfr. *OECD 2015 Aligning Transfer Pricing Outcomes with Value Creation, Actions 8-10 – 2015 Final Reports*, par.6.52.

⁸⁶¹ White paper, p.461. WITTENDORFF (2012a), p.936. DIJKMAN; SPORKEN (2015), p.1. De acuerdo al informe *IRS 1988 A study of Intercompany Pricing (White Paper)*, p.65, el contribuyente se sitúa en

abre posibilidades de planificación basadas en la transmisión de intangibles a jurisdicciones de baja o nula tributación a cambio de pagos que, desde una perspectiva *ex post*, no se corresponden con los retornos que el activo en cuestión ha generado. Así las cosas, países como Estados Unidos o Alemania han previsto reglas que abordan este problema permitiendo la realización de ajustes *ex post* en ciertos casos, cuya compatibilidad con el *arm's length principle* puede resultar dudosa, en tanto el resultado de tales prácticas equivaldría a la realización de ajustes transaccionales. En este apartado estudiaremos el contenido de tales normas en los ordenamientos estadounidense y alemán, así como las recomendaciones de la OCDE en la materia. Sobre esta base, definiremos los límites al recurso de esta figura y las situaciones en que puede ser usada para dar cumplimiento al mandato *at arm's length*.

5.3.1. Estados Unidos, Commensurate With Income standard.

Estados Unidos fue el primer país en adoptar un precepto relativo a la valoración *ex post* de intangibles, denominado *Commensurate With Income standard* (CWI). Se introdujo por primera vez en el IRC en 1986, como un inciso más de la norma general sobre ajustes en operaciones vinculadas contenida en la sec.482. Esta regla determina la necesidad de ajustar en cada ejercicio el cálculo de la renta obtenida por una entidad que se desprende de un intangible cuando éste genera beneficios más elevados que los previstos al momento de realizar la operación⁸⁶². Dicho con otras palabras, la administración tributaria estadounidense podrá reasignar parte del beneficio derivado de un intangible atendiendo a la variación en su potencial para generar rentas atendiendo a información obtenida *ex post*⁸⁶³. A tal efecto, se deben analizar funciones, costes y riesgos de tal manera que la atribución de la renta derivada de la explotación del intangible se efectúe de acuerdo con las aportaciones de cada parte sobre una base periódica⁸⁶⁴.

una posición cómoda al respecto ya que sencillamente puede alegar que al momento de la operación desconocía las variables que pudieran impactar a futuro en los retornos que genere el intangible.

⁸⁶² Texto original de la sec.482 IRC *in fine* (CWI): “[...] In the case of any transfer (or license) of intangible property (within the meaning of section 936(h)(3)(B)), the income with respect to such transfer or license shall be commensurate with the income attributable to the intangible”.

⁸⁶³ Vid. Treas Regs. 1.482-4(f)(2)

⁸⁶⁴ IRS 1988 *A study of Intercompany Pricing (White Paper)*, p.47. 186 H.R. Conf. Rep. No.841, 99th Cong., 2nd sess., II-637. UNGERMAN (1989), p.1128 apunta que éste segundo paso, según determina la

La introducción de esta norma en el IRC encuentra su razón de ser en el malestar expresado por Congreso de los Estados Unidos ante el constatado fracaso del *arm's length principle* como parámetro estándar en la correcta asignación de beneficios entre entidades de un mismo grupo, de acuerdo a la normativa que databa de 1968⁸⁶⁵. En la misma línea, existía además una percepción arraigada en la administración sobre la práctica sistemática de infravaloración de intangibles con un alto potencial para generar beneficios por parte de entidades multinacionales, derivada de la falta de información concreta para determinar una política de precios de transferencia correcta⁸⁶⁶.

La causa de la adopción de la norma se sitúa en las transferencias de intangibles que durante los años 60 y 70 efectuaban compañías farmacéuticas estadounidenses a sus filiales en Puerto Rico, territorio de baja tributación⁸⁶⁷, en una etapa anterior al descubrimiento del verdadero potencial de generación de beneficios de dichos activos⁸⁶⁸. Ante la falta de herramientas para afrontar este tipo de situaciones⁸⁶⁹, en las que el contribuyente alegaba la imposibilidad de fijar el potencial para generar beneficios de un intangible *ex ante*⁸⁷⁰ -y en que los tribunales fallaban en contra del criterio de la administración-, el Congreso expresó su deseo de ampliar el alcance de las normas de ajuste por precios de transferencia a hechos y circunstancias que hubiesen tenido lugar después del momento en que la operación se lleva a cabo.

Esta reacción legislativa responde, además de lo señalado hasta ahora, a un factor muy concreto: la interpretación que los tribunales llevaron a cabo del principio de plena competencia plasmado en la sec.482 y en las *Regulations*, sec.1.482. A continuación

administración, reconcilia el CWI con el *arm's length standard* ya que se alinea con el análisis funcional necesario para llevar a cabo correctamente el análisis de comparabilidad.

⁸⁶⁵ De hecho, entendía la Cámara baja de EE.UU. que el *arm's length principle* daba lugar a una distribución injusta de rentas entre contribuyentes, vid. UNGERMAN (1989), p.1109.

⁸⁶⁶ COPE (2006), p.112. En palabras de la administración, el contribuyente justifica este tipo de prácticas (1) acudiendo a medias de la industria; (2) atendiendo únicamente a los hechos conocidos al momento de efectuar la operación; (3) no considerando el verdadero potencial del intangible, *IRS 1988 A study of Intercompany Pricing (White Paper)*, p.47. Cabe destacar el punto segundo, puesto que es consecuencia directa de la aplicación correcta del *arm's length principle*.

⁸⁶⁷ FEINSCHREIBER; KENT (2012), p.29.

⁸⁶⁸ ANDRUS (2007), p.648.

⁸⁶⁹ Vid. COPE (2006), p.112.

⁸⁷⁰ WITTENDORFF (2010a), p.677.

nos detendremos brevemente en analizar los casos que fomentaron la introducción del CWI.

El caso *R.T. French Co v. Commissioner*⁸⁷¹ versa sobre una licencia concedida en 1946 por parte de una entidad residente en Reino Unido a una vinculada residente en Estados Unidos sobre patentes y *know how* relativos al procesado y comercialización de puré de patata. La administración niega la deducibilidad de los pagos de regalías en los ejercicios 1963 y 1964, porque en el año 1960 se produjo una renegociación del contrato. Se entendió que a partir de esa fecha carecía de sentido remunerar el uso de dichos intangibles, pues tal técnica ya se encuentra estandarizada en el mercado. El Tribunal obvió el dato de la renegociación, determinó que la valoración de un intangible debía basarse en la información disponible al momento de efectuar la operación y por tanto falló a favor del contribuyente⁸⁷².

La misma línea de razonamiento sirvió de soporte en *Bausch & Lomb*⁸⁷³, otro caso que se falló a favor del contribuyente. Bausch & Lomb Inc., entidad residente en Estados Unidos, concedió una licencia para la fabricación de lentes de contacto a una subsidiaria radicada en Irlanda a cambio de una regalía del 5 por ciento sobre ventas. El coste de fabricación de cada lente era de \$1.50, mientras que el precio de venta, tanto a compradores no relacionados como a Bausch & Lomb Inc., ascendía a \$7.50. La administración trató de defender que el acuerdo debía ser recaracterizado para reflejar un contrato de fabricación⁸⁷⁴, en que no existiría un pago por regalías pero la remuneración de la filial irlandesa se calcularía de acuerdo al método de coste incrementado en un porcentaje del 20%. El Tribunal entendió que el desarrollo de los acontecimientos no era previsible al momento de la consecución del acuerdo y por tanto desestimó las pretensiones de la administración, basadas en consideraciones *ex post* sobre cómo se debía haber estructurado según su criterio. La administración empleó el

⁸⁷¹ *R.T. French Co. v. Commissioner* (1973, Tribunal Fiscal, Estados Unidos).

⁸⁷² Vid. WITTENDORFF (2010a), p.676. LEVEY; WRAPPE (2013), par.450.01.

⁸⁷³ *Bausch & Lomb, Inc. v. Commissioner*, 933 F.2d 1984 (2nd Cir. 1991) (Tribunal de apelaciones, segundo circuito. Estados Unidos).

⁸⁷⁴ VANN (2003), p.153 indica que la principal diferencia entre un fabricante al uso y un fabricante bajo contrato (*contract manufacturer*) es que este último no asume el riesgo de inventario porque sabe que venderá sus existencias. En el supuesto, B&L Irlanda vende todas sus existencias a su matriz, B&L US.

mismo argumento en otros casos muy similares en que el Tribunal de nuevo falló a favor del contribuyente⁸⁷⁵.

El CWI se introdujo para tratar de evitar las consecuencias de la jurisprudencia citada⁸⁷⁶, desfavorables a los intereses de la hacienda estadounidense. En principio, esta regla se debería aplicar sin restricciones de carácter cualitativo o cuantitativo⁸⁷⁷ y no sólo surtiría efectos en supuestos en que intangibles de gran valor son transferidos a jurisdicciones de baja tributación, sino que su ámbito de aplicación se extiende a cualquier situación al margen de su carácter interno o internacional. Si atendemos a la dicción de la sec.482 *in fine* IRC, la administración no se ve constreñida en este sentido a la hora de aplicarla⁸⁷⁸, de modo que el potencial para realizar ajustes es amplísimo.

Desde un primer momento, la administración entendió que el criterio CWI deriva de una aclaración de la normativa anterior y por tanto es acorde con el *arm's length principle*⁸⁷⁹, llegando incluso a destacar la necesidad de respetar este principio a la hora de hacer efectiva la reasignación de beneficios⁸⁸⁰. Fue precisamente esta línea de pensamiento, consistente en sostener que el principio de plena competencia debe primar sobre toda regla relativa a la materia de operaciones vinculadas, la que provocó otra derrota de la administración en los tribunales en el caso *Xilinx*⁸⁸¹, referido a la remuneración por acciones de empleados en el marco de las pautas sobre acuerdos de reparto de costes. Desde entonces, la administración no ha sido consistente a la hora de definir la relación entre ambos conceptos, en especial en los últimos años⁸⁸². El caso

⁸⁷⁵ *G.D. Searle & Co. v. Commissioner* (1987, Tribunal Fiscal, Estados Unidos). *Eli Lilly & Co. v. Commissioner* (1988, Tribunal de apelaciones, séptimo circuito, Estados Unidos). Vid. MENTZ; CARLISLE (1997), p.1496. WRIGHT, D. (2008), p.50-51. *Sundstrand Corporation and Subsidiaries v. Commissioner* (1991, Tribunal Fiscal, EE.UU.). Vid. PAGAN; WILKIE (1993), m.no.3.4 et seq. *Perkin-Elmer Corporation v. Commissioner* (1993, Tribunal Fiscal, Estados Unidos).

⁸⁷⁶ SHERWOOD; JANGER; BITLER (1992), p.4.

⁸⁷⁷ *IRS 1988 A study of Intercompany Pricing (White Paper)*, p.50, 52.

⁸⁷⁸ BIRCH (1991), p.109.

⁸⁷⁹ *Technical Explanation to the US Model Tax Convention*, art. 9(1). BRAUNER (2010), p.565.

⁸⁸⁰ Treas. Regs. 1.482-4(f)(2)(i): “los ajustes que se efectúen de acuerdo a este párrafo deberán respetar el *arm's length standard* y las disposiciones del §1.482-1 (referido las reglas generales del principio de plena competencia de la sec.482 IRC)”.

⁸⁸¹ *Xilinx, Inc. v. Commissioner* (2005, Tribunal Fiscal, Estados Unidos); *Xilinx, Inc. v. Commissioner* (2009, Tribunal de apelaciones, noveno circuito. EE.UU.); *Xilinx, Inc. v. Commissioner* (Tribunal de apelaciones, noveno circuito. Estados Unidos).

⁸⁸² WITTENDORFF (2010a), p.678 indica que la administración tributaria estadounidense admite en ciertos informes que el CWI puede interpretarse de manera disconforme al *arm's length principle*.

*Altera*⁸⁸³, de contenido similar al caso *Xilinx*, ha confirmado recientemente la necesidad de que el contenido de las *Regulations* respete el principio de plena competencia.

Con todo, la compatibilidad del CWI con el *arm's length principle* resulta más que dudosa, en especial si se configura, tal y como las *Regulations* determinan, como una regla de ajustes periódicos anuales⁸⁸⁴. Quizá el argumento más acertado para defender la idoneidad del CWI reside en sostener que partes independientes, en contratos a largo plazo, incluirían una cláusula de revisión del precio para contrarrestar la ausencia de información al respecto de los retornos que un intangible puede generar⁸⁸⁵. No obstante, esta postura no puede quedar exenta de crítica, porque no existe evidencia empírica de que partes independientes acuerden en todo caso la revisión del precio en caso de que el intangible objeto de contrato genere unos beneficios mayores o menores a los esperados, ni que entablarían negociaciones para redefinir la contraprestación pactada incluso en ausencia de cláusulas específicas que impongan este deber. Que tales supuestos se den en la práctica dependerá del poder de negociación de las partes, de modo que impera la necesidad de llevar a cabo un análisis caso por caso en línea con la metodología del análisis de comparabilidad. La inclusión de una regla que predetermine la necesidad del ajuste en cualquier caso es desaconsejable desde esta perspectiva.

Probablemente la dudosa compatibilidad del CWI con el *arm's length standard* sea la razón por la que se establecen ciertas vías de escape en las *Regulations* que evitan la aplicación de este régimen: (1) el contribuyente puede probar que existen comparables exactos que reflejan la no adopción de cláusulas de revisión de precios⁸⁸⁶; (2) si demuestra que los beneficios futuros no han podido ser anticipados y reflejados en el

⁸⁸³ *Altera Corp. v. Commissioner* (2015, Tribunal Fiscal, Estados Unidos), que estableció que la Treas. Regs. §1.482-7(d)(2), que obliga a compartir los costes relativos a compensación mediante *stock options*, es contraria al *arm's length principle* y por tanto inválida.

⁸⁸⁴ Treas. Regs. 1.482-4(f)(2): “si un intangible se transmite a través de un acuerdo que abarque más de un año, la contraprestación deberá ajustarse en cada período impositivo para que sea acorde con la renta que el intangible genera”.

⁸⁸⁵ *IRS 1988 A study of Intercompany Pricing (White Paper)*, p.63. Este punto de partida se emplea por parte de la OCDE y la legislación interna alemana, que más adelante analizaremos con detalle. LASHBROOKE (1989), p.189 resalta que las partes están sujetas a renegociación sin una cláusula que explícitamente determine esa posibilidad.

⁸⁸⁶ *IRS 1988 A study of Intercompany Pricing (White Paper)*, p.64. §1.482-4(f)(2)(ii)(A). Un comparable exacto implica la existencia de una operación en que se transfiere el mismo intangible bajo condiciones idénticas o similares según el análisis de estándares internos –relativos a los aspectos contractuales de la operación– o externos –referidos a las circunstancias económicas que rodean la operación– de modo que se generen beneficios sustancialmente similares en el marco de una operación sustancialmente similar. Vid. BONNEY; SHERWOOD (1989), p.96-98 para un desarrollo más detallado de ambas vertientes.

precio tampoco se aplicará el CWI⁸⁸⁷; (3) si se emplea el método de comparación del beneficio⁸⁸⁸, a través del cual se establecería una remuneración por el uso del intangible determinado por el beneficio obtenido por el adquirente derivado de la explotación del intangible menos un margen adecuado a las funciones que desarrolla la parte adquirente⁸⁸⁹, el efecto económico logrado será idéntico al derivado del empleo del CWI⁸⁹⁰, de modo que no será necesario aplicar esta regla.

Además, la administración a su vez especifica cinco excepciones más a la realización de ajustes periódicos⁸⁹¹: (1) cuando el mismo intangible se ha transferido a una parte no vinculada bajo circunstancias sustancialmente similares y atendiendo al método de las operaciones comparables (*Comparable Uncontrolled Transactions, CUT*); (2) cuando se efectúa un análisis de comparabilidad con respecto a un intangible similar en similares circunstancias, siempre que se cumplan ciertos requisitos⁸⁹²; (3) cuando la comparabilidad se efectúa con métodos distintos al CUT y se cumplen ciertas condiciones⁸⁹³; (4) cuando existen circunstancias extraordinarias fuera del control del contribuyente que no se pudiesen prever razonablemente en el momento de conclusión del acuerdo y se hayan obtenido ganancias agregadas o ahorro de costes agregados que supongan menos del 80% o más del 120% de los beneficios o ahorro de costes esperados y se cumplan todos los requisitos de la excepción 2 o la 3; (5) cuando los requisitos de la excepción 2 o la 3 se cumplen a lo largo de 5 años, comenzando desde el momento en que se debiera haber comenzado con los ajustes periódicos, no se llevarán a cabo ajustes periódicos en ningún momento.

Una vez comprendidos los motivos que justificaron la introducción de esta cláusula en el IRC y analizado brevemente su régimen jurídico, resulta evidente que el CWI no casa con el modelo propuesto en este trabajo. La predeterminación de la necesidad de ajustar

⁸⁸⁷ IRS 1988 *A study of Intercompany Pricing (White Paper)*, p.65. WITTENDORFF (2010a), p.682 señala que la regla de ajustes periódicos es aplicable sin importar si bajo circunstancias comparables, partes independientes hubiesen acordado una cláusula de ajuste del precio. Entendemos que es necesario situar esta afirmación en contexto ya que éste elemento será imprescindible para escapar a la cláusula CWI, si bien también es necesario probar otros extremos para lograr este resultado.

⁸⁸⁸ *Comparable Profits Methods* o CPM, similar al método del margen neto transaccional, *Transactional Net Margin Method* o TNMM.

⁸⁸⁹ Vid. Treas. Regs. §1.482-5(e).

⁸⁹⁰ Vid. FORST et al. (2007), p.376.

⁸⁹¹ Treas. Regs. §1.482-4(f)(2)(ii)(A)-(E).

⁸⁹² Treas. Regs. §1.482-4(f)(2)(ii)(B)(I)-(6).

⁸⁹³ Treas. Regs. §1.482-4(f)(2)(ii)(C)(I)-(4).

de forma periódica la renta derivada de los retornos que un intangible genera es contraria al análisis de comparabilidad, en tanto impide una valoración de las circunstancias de cada supuesto. Aunque este escollo quedaría solventado por las cláusulas de escape que las *Regulations* prevén, los numerosos requisitos que se imponen para cumplir con cada apartado y el hecho de que la carga de la prueba resida en el contribuyente –y en buena parte de los casos más elevada que la que correspondería en el marco del análisis de comparabilidad- anulan el carácter excepcional del ajuste transaccional en que deriva la aplicación de esta cláusula. En otras palabras, la excepción se convierte en regla y viceversa, puesto que la excepcionalidad en este sistema se predicaría de la ausencia de ajuste y no de su concreción.

A pesar de que los ajustes derivados del CWI pueden reputarse contrarios al principio de plena competencia por las razones señaladas, el impacto de tal conclusión tiene un alcance limitado en la práctica. Primero, porque a nivel interno, esta regla se encuentra recogida en una norma con rango de ley, el IRC, junto a la norma que prevé el *arm's length principle*, de modo que no queda supeditada a su cumplimiento. Además, los tribunales han interpretado que el CWI fue creado para complementar y apoyar a éste y no para suplantarlo, de modo que es muy complicado que a nivel jurisprudencial se planteen conflictos entre ambos. Segundo, porque a nivel convencional, Estados Unidos entiende que el art.9 de los tratados para evitar la doble imposición que suscribe, equivalente al art.9 del Modelo OCDE, se encuentra totalmente alineado con la normativa interna sobre la materia. Para más inri, en *Xilinx* se determinó que incluso si un precepto de las *Regulations*⁸⁹⁴ –nótese que nos referimos a normativa de rango infralegal- entra en conflicto con el referido precepto convencional, prevalecerá la aplicación de la regla interna debido a la *saving clause* que Estados Unidos incluye en todos los CDI que suscribe⁸⁹⁵. Por todo ello, el efecto restrictivo que se atribuye al art.9 es completamente nulo en el contexto de la red de convenios de Estados Unidos. Y

⁸⁹⁴ El precepto en cuestión es el Treas. Regs. §1.482-7(d)(1), posteriormente modificado dada la decisión final del Tribunal del noveno circuito, que entendió que la medida era contraria al *arm's length principle* enunciado en la sec.482 IRC.

⁸⁹⁵ Para que el lector conozca el contenido de esta cláusula, transcribimos a continuación la contenida en el CDI firmado entre España y Estados Unidos de 1990, art.1.3 “No obstante las disposiciones del Convenio, excepto las contenidas en el apartado 4, un Estado contratante puede someter a imposición a sus residentes [tal como se definen en el artículo 4 (residencia)], y por razón de ciudadanía puede someter a imposición a sus ciudadanos, como si el Convenio no hubiese entrado en vigor”.

tercero, porque en la práctica, el IRS prefiere no aplicar el CWI, lo que explicaría la total ausencia de jurisprudencia sobre esta figura⁸⁹⁶.

5.3.2. Alemania, Preisanpassungsklauseln bei Funktionsverlagerungen.

En 2007 se incorporaron a la norma sobre precios de transferencia alemana -aplicable sólo a operaciones transfronterizas⁸⁹⁷-, una serie de modificaciones relativas al tratamiento de operaciones que supusiesen una transferencia de funciones fuera del país. Entre las mismas, se encuentra una regla de ajuste *ex post* en el valor de intangibles, esto es, una norma similar al CWI estadounidense. A continuación analizaremos su configuración y las diferencias entre ambas, así como las principales críticas que se pueden realizar a su diseño y a las consecuencias que plantea su aplicación.

La norma alemana de ajustes retrospectivos⁸⁹⁸ determina que en el marco de transferencia de funciones al exterior, si se transmiten intangibles y ventajas relevantes, cuando previsión sobre generación de beneficios al momento de la transferencia difiera de manera sustancial de la previsión sobre el potencial para generar beneficios empleada a efectos de la normativa sobre precios de transferencia y siempre que no se halla pactado una cláusula de revisión de precios, se podrá efectuar un único ajuste a lo largo del período de 10 años que comienza desde la realización de la operación.

En este sentido, la lógica de la cláusula reside en la asunción de que partes independientes acordarían pactar una cláusula de revisión de precios si al momento de concluir el negocio la incertidumbre sobre la valoración del intangible impide fijar un precio adecuado de transmisión⁸⁹⁹. En consecuencia, si tal cláusula ya existe en el

⁸⁹⁶ WITTENDORFF (2010a), p.683 señala los motivos que justifican la inaplicación del CWI: (1) el mero efecto preventivo basta para que la norma surta cierto efecto en la práctica; (2) los contribuyentes han modificado sus patrones de actuación, optando por acudir a sistemas más sofisticados como los Acuerdos de Reparto de Costes (*Cost Sharing Agreements*) y (3) las dificultades derivadas de su aplicación, como por ejemplo en lo relativo a la identificación de los beneficios atribuibles al intangible en cuestión.

⁸⁹⁷ Sección 1(3), inciso 11°, AStG.

⁸⁹⁸ Tomamos el término retrospectión como término para la traducción de *hindsight*, según la versión de las TPG traducida al español por el IEF.

⁸⁹⁹ OESTREICHER (2011), p.128.

contrato, la norma de ajuste *ex post* alemana no será aplicable⁹⁰⁰. Además, también se excluye la aplicación de esta regla si el contribuyente demuestra que ha operado conforme a los pactos que realizarían partes independientes en las mismas circunstancias⁹⁰¹.

Existen ciertas diferencias entre la norma CWI americana y la cláusula alemana de ajustes retrospectivos. La primera se refiere a su ámbito de aplicación. Mientras que el CWI se refiere a la transmisión de intangibles, la norma alemana emplea un término más amplio al abarcar además de este tipo de activos, la transmisión de cualquier función⁹⁰². La segunda trata sobre las posibilidades del contribuyente para tratar de evitar que la norma surta efectos. Ambas imponen una presunción que admite prueba en contrario, si bien la carga probatoria que soporta el contribuyente es mucho más elevada en el caso de la cláusula CWI. La tercera se refiere a los efectos de la norma, puesto que en la norma alemana es más reducido que en el CWI. Ésta regla se refiere de forma genérica a la realización de ajustes desde el momento en que se constate una diferencia de valor entre la previsión inicial y la valoración posterior. La aplicación de la disposición alemana por su parte se ve constreñida por límites temporales –un ajuste a realizar en los 10 años siguientes a la conclusión del negocio- y cualitativos, concretados en la necesaria inexistencia de una cláusula de revisión del precio en el contrato y el hecho de que la transmisión debe ser calificada de “significativa”, lo que implica que el valor del intangible debe representar al menos el 5% del conjunto de la transacción⁹⁰³.

La norma de ajustes retrospectivos ha sido muy criticada por la literatura alemana. El argumento más recurrente para declarar la norma como contraria a la lógica del principio de plena competencia es la misma asunción que justifica su existencia, a saber, que partes independientes no acuerdan cláusulas de revisión de precios cuya extensión temporal llegue a cubrir 10 años. La tendencia de las empresas es a evitar contingencias

⁹⁰⁰ Por esta razón se recomienda incluir tal cláusula en los acuerdos, incluyendo la mención de que el objetivo de la misma es que la norma de valoración *ex post* no sea aplicable. BECK (2008), p.276

⁹⁰¹ BECK (2008), p.276.

⁹⁰² BELL (2007), p.543

⁹⁰³ BECK (2008), p.276. Se emplea el término *package deal* para hacer referencia al conjunto de factores de la operación.

contractuales que generen costes adicionales a medio y/o largo plazo⁹⁰⁴. De hecho la extensión temporal que se determina se sitúa en una franja de 2 a 5 años, muy por debajo del período que plantea la norma⁹⁰⁵.

El hecho de establecer una presunción que juega en contra del contribuyente vulnera el *arm's length principle*, ya que se asume a priori que partes independientes deberían pactar una cláusula de revisión del precio cuando dicha asunción dista de ser cierta, o al menos de ser acorde con la extensión que refleja la normativa alemana⁹⁰⁶.

5.3.3. OCDE, retrospección a partir del principio de plena competencia.

La posición tradicional de la OCDE ha consistido en rechazar ajustes *ex post* por considerarlos contrarios al *arm's length principle*⁹⁰⁷. El análisis de comparabilidad según esta postura se ha de efectuar atendiendo a las circunstancias tanto internas como externas de las partes y de la operación en el momento en que se efectúa. En este entorno, las partes normalmente deberán tomar en consideración sucesos futuros que sean previsibles dentro de un margen razonable. No obstante, si atendemos a la propuesta de pautas de las TPG sobre el tratamiento de intangibles de valoración altamente incierta, comprobaremos cómo la OCDE respalda la adopción de medidas que si bien no son tan agresivas como el CWI estadounidense, pueden conducir al mismo resultado⁹⁰⁸. Esto entraña una falta de coherencia notable y no deseable.

Antes de adentrarnos a estudiar las medidas concretas que se proponen, cabe resaltar que las recomendaciones de la OCDE en la materia son idénticas en la versión de

⁹⁰⁴ BELL (2007), p.543. BECK (2008), p.276. CAUWENBERGH; LUCAS MAS (2008), p.526 y doctrina citada. KROPPE; EIGELSHOVEN (2014), p.35. DIJKMAN; SPORKEN (2015), p.3 indican que la incertidumbre sobre el desempeño del intangible ya se trata de prever en la valoración del mismo, basada en técnicas de descuento de flujos de caja.

⁹⁰⁵ EBERING (2011), p.422. ANDRESEN (2015), p.719.

⁹⁰⁶ BELL (2007), p.544.

⁹⁰⁷ OECD (1979), p.198. *OECD 1993 Reports of the Task Force of the OECD Committee on Fiscal Affairs on US Transfer Pricing Proposed Regulations*, par.2.25. TPG par.2.130, 3.73, 5.20, 6.32, 8.20, 9.56, 9.57, 9.88.

⁹⁰⁸ En este sentido, cabe reseñar que en el *OECD 1993 Reports of the Task Force of the OECD Committee on Fiscal Affairs on US Transfer Pricing Proposed Regulations* se critique el CWI implantado en la normativa estadounidense y sólo dos años después, en las TPG95, la postura de que defiende la OCDE en la materia de lugar a resultados idénticos. Vid. *OECD 1993 Reports of the Task Force of the OECD Committee on Fiscal Affairs on US Transfer Pricing Proposed Regulations*, para.2.5, 2.23-2.33.

1995⁹⁰⁹ y en la publicada en 2010⁹¹⁰. La misma visión se adopta en los informes de 2012⁹¹¹, 2013⁹¹² y 2014⁹¹³, si bien posteriormente se publicó un informe exclusivamente dedicado a la materia en junio de 2015⁹¹⁴, en el marco del plan BEPS. Este proceso ha culminado con la publicación del informe final sobre las acciones 8 a 10 del referido plan, en octubre de 2015⁹¹⁵.

La OCDE emplea un lenguaje prudente al tratar los problemas que en el ámbito de la normativa sobre precios de transferencia pueden plantear los intangibles cuya valoración es incierta. Desde un primer momento se establece que el punto de partida para afrontar este tipo de situaciones es conocer qué hubiesen hecho partes independientes en circunstancias comparables⁹¹⁶. El abanico de posibilidades a que se hace referencia abarca en primer lugar el empleo de métodos de anticipación de beneficios mediante el uso de técnicas de valoración financiera⁹¹⁷. Segundo, se indica que el contribuyente, ante una situación de incertidumbre que genera riesgos, podría haber estructurado la operación como acuerdos sucesivos a corto plazo⁹¹⁸. Tercero, se menciona la inclusión de cláusulas de ajuste en el precio⁹¹⁹. Cuarto, se propone la posibilidad de renegociación de los términos de la operación por acuerdo mutuo de las partes⁹²⁰.

⁹⁰⁹ TPG95 par.6.28-6.35.

⁹¹⁰ TPG par.6.28-6.35.

⁹¹¹ *OECD 2012 Discussion Draft. Revision of the Special Considerations for Intangibles*, par.171-178.

⁹¹² *OECD 2013 Revised Discussion Draft on Transfer Pricing Aspects of Intangibles*, par.199-206.

⁹¹³ *OECD 2014 BEPS Action 8 deliverable. Guidance on transfer pricing aspects of intangibles*, par.6.178-6.185.

⁹¹⁴ *OECD 2015 Action 8: Hard-To-Value Intangibles*.

⁹¹⁵ *OECD 2015 Aligning Transfer Pricing Outcomes with Value Creation, Actions 8-10 – 2015 Final Reports*, par.6.181 et seq.

⁹¹⁶ TPG par.6.32. MARKHAM (2005), p.81 critica que la OCDE no especifique cómo afrontar la complejidad y consecuente incertidumbre de la valoración de ciertos intangibles.

⁹¹⁷ TPG par.6.29. *OECD 2015 Action 8: Hard-To-Value Intangibles*, par.2. *OECD 2015 Aligning Transfer Pricing Outcomes with Value Creation, Actions 8-10 – 2015 Final Reports*, par.6.182. Vid. FEINSCHREIBER; KENT (2012), p.251-252. *DELOITTE 2015 The new transfer pricing landscape. A practical guide to the BEPS changes*, p.20.

⁹¹⁸ TPG par.6.30. *OECD 2015 Action 8: Hard-To-Value Intangibles*, par.3. *OECD 2015 Aligning Transfer Pricing Outcomes with Value Creation, Actions 8-10 – 2015 Final Reports*, par.6.183.

⁹¹⁹ TPG, par.6.30. *OECD 2015 Action 8: Hard-To-Value Intangibles*, par.3, 5. *OECD 2015 Aligning Transfer Pricing Outcomes with Value Creation, Actions 8-10 – 2015 Final Reports*, par.6.183.

⁹²⁰ TPG, par.6.31. *OECD 2015 Action 8: Hard-To-Value Intangibles*, par.4, 5. *OECD 2015 Aligning Transfer Pricing Outcomes with Value Creation, Actions 8-10 – 2015 Final Reports*, par.6.184.

Salvo la primera medida, relativa a métodos de valoración, las otras tres implicarían realizar ajustes transaccionales sobre la operación atendiendo a circunstancias futuras desarrolladas con posterioridad al acuerdo alcanzado entre las partes. Tanto la definición de supuestos acuerdos a largo plazo -que obligarían a las partes a reconsiderar las operaciones atendiendo a las circunstancias en el momento de replantearse-, como la realización de ajustes periódicos sobre el precio o la renegociación de acuerdos, implicarán un resultado idéntico al del CWI.

Dentro de estas cuatro posibilidades, en todo momento se adopta como referencia el acuerdo que hipotéticamente partes independientes habrían alcanzado con la información que razonablemente posean al momento de efectuar la operación. El parámetro para conocer cuál es la opción más adecuada se refiere a la información “previsible de un modo razonable” (*reasonably foreseeable*) en lo relativo a la evolución del intangible y su capacidad para generar beneficios⁹²¹.

Según la OCDE, las administraciones tributarias pueden tomar como referencia el resultado *ex post* para contrastarlo con la valoración efectuada *ex ante*⁹²² y podrán efectuar las modificaciones oportunas en caso de que el contribuyente sea capaz de probar una de las siguientes circunstancias: (1) que la diferencia entre ambos planos responde a eventos que eran imposibles de prever ni anticipar; (2) que la transferencia del intangible de difícil valoración se enmarque en un acuerdo previo de valoración (*Advance Pricing Agreement*) bilateral o multilateral; (3) que la consecución de circunstancias imprevistas no tengan un impacto positivo o negativo en el precio de más del 20% de su valor; (4) que hayan pasado 5 años desde que el intangible comenzó a generar réditos para el comprador y la diferencia de valoración de las proyecciones de generación de retornos respecto de su efectivo desempeño sea inferior al 20% durante dicho período⁹²³.

⁹²¹ OECD 2015 Action 8: *Hard-To-Value Intangibles*, par.6. OECD 2015 *Aligning Transfer Pricing Outcomes with Value Creation, Actions 8-10 – 2015 Final Reports*, par.6.187, 6.192, 6.193.

⁹²² OECD 2015 Action 8: *Hard-To-Value Intangibles*, par.12.

⁹²³ OECD 2015 Action 8: *Hard-To-Value Intangibles*, par.14. OECD 2015 *Aligning Transfer Pricing Outcomes with Value Creation, Actions 8-10 – 2015 Final Reports*, par.6.193.

La propuesta de la OCDE por tanto se basa en invertir la carga de la prueba⁹²⁴, opción que justifica sobre la base de la asimetría en la información en perjuicio de la administración, debido a la dificultad para contrastar la veracidad de la información ofrecida por el contribuyente⁹²⁵. Nótese que el presupuesto no es una falta de colaboración por parte del contribuyente, en cuyo caso sí podría tener sentido que el riesgo de la prueba recayese sobre éste⁹²⁶, sino que directamente se establece una inversión de la carga al margen de las circunstancias del supuesto al respecto. Este razonamiento no resulta compatible con el modelo que proponemos en este trabajo por las mismas razones que hemos esgrimido más arriba, al referirnos al CWI y a la cláusula de ajustes retrospectivos alemana. De hecho, el efecto final del modelo propuesto por la OCDE se refiere al empleo de información *ex post* de forma que en última instancia el uso de la misma se traducirá en un ajuste idéntico al promulgado por el CWI⁹²⁷. Dicha postura, que además la OCDE califica de “consenso internacional”⁹²⁸ –si bien la gran mayoría de países en que se han implantado normas sobre precios de transferencia no admiten este tipo de ajustes⁹²⁹– resulta de todo punto criticable⁹³⁰, ya que la consecuencia última del ajuste tendrá lugar en base a información *ex post* y por tanto implica la realización de ajustes retrospectivos (*hindsight*), práctica que la OCDE tildaba de inadmisibles, según hemos resaltado más arriba. Por otra parte, el empleo de porcentajes fijos en el análisis resulta contrario al mandato *at arm’s length* de forma palmaria, en especial en un supuesto en que la consecuencia derivada de situarse fuera de los márgenes predeterminados establecidos consiste en la realización de un ajuste transaccional.

⁹²⁴ OECD 2015 Action 8: Hard-To-Value Intangibles, par.14. OECD 2015 Aligning Transfer Pricing Outcomes with Value Creation, Actions 8-10 – 2015 Final Reports, par.6.188. WITTENDORFF (2016), p.355.

⁹²⁵ OECD 2015 Action 8: Hard-To-Value Intangibles, par.11. OECD 2015 Aligning Transfer Pricing Outcomes with Value Creation, Actions 8-10 – 2015 Final Reports, par.6.186, 6.191.

⁹²⁶ Vid. RODRÍGUEZ-BEREJO LEÓN (2011), p.990.

⁹²⁷ WITTENDORFF (2010a), p.691.

⁹²⁸ OECD 2008 Transfer pricing aspects of business restructurings, par.88. En OECD 2015 Aligning Transfer Pricing Outcomes with Value Creation, Actions 8-10 – 2015 Final Reports, par.6.188 se va más allá al afirmar que “esta sección (la relativa a las guías sobre intangibles de difícil valoración) contiene un enfoque acorde al *arm’s length principle*”.

⁹²⁹ WITTENDORFF (2010a), p.693 señala que atendiendo a los 33 informes de país del Congreso IFA de 2007 –referido a intangibles y precios de transferencia– sólo Holanda y Japón permitirían llevar a cabo este tipo de ajustes, además por supuesto de Estados Unidos y Alemania. Cabe entender que definir la postura defendida por la OCDE como consenso resulta un tanto pretencioso.

⁹³⁰ Vid. BELL (2007), p.544.

La modificación en las condiciones de la operación sólo será acorde con el *arm's length principle* si la administración determina la inexistencia de comparables, si prueba que partes independientes hubiesen operado de manera diferente y si el ajuste que efectúa se refiere únicamente a la modificación en la valoración del intangible⁹³¹, sin que quepa la posibilidad de desconocer su transmisión al adquirente, ya que esta solución sería desproporcionada. La excepcionalidad de la medida impone además que sea la administración quien soporte la carga de probar todos estos extremos, según hemos tenido ocasión de analizar en el apartado referido a este aspecto, crucial en la configuración del método de realización de ajustes transaccionales. Aunque el problema de la asimetría en la información podría persistir, éste puede solventarse mediante medidas que eleven los deberes de información por parte del contribuyente, para que la administración tenga una base sólida sobre la que sustentar su posición. Entendemos que ésta, y no la inversión de la carga de la prueba⁹³², es una vía correcta y adecuada a la idea de excepcionalidad de los ajustes transaccionales.

El caso *YPF* precisamente trata sobre la realización de ajustes de acuerdo a información obtenida *ex post* y la discusión acerca de la necesidad de prever acontecimientos cuya probabilidad de suceder es razonablemente alta⁹³³. En este caso, Repsol Butano -residente en España- adquiere acciones de Repsol YPF Gas -residente en Argentina- por un precio de unos 133 millones de euros el 28 de diciembre del año 2001, días después de que se prohibiesen las operaciones de cambio de divisas (23 de diciembre de 2001). El 11 de enero de 2002 se reabrió el mercado a 1,7 pesos por dólar, cuando hasta ese momento se había mantenido por ley la paridad entre ambas monedas. Esto provocó una depreciación en el valor de las acciones reflejado mediante una provisión de cartera por parte de Repsol Butano. La administración negó la deducibilidad de dicho concepto por considerar que entre sociedades independientes, lo normal es esperar a la resolución de la crisis para efectuar la operación o, al menos, introducir una cláusula en el contrato que asegurara el tipo de cambio, puesto que el contexto de incertidumbre política y económica hacía prever la devaluación del peso argentino. De esta forma, se entendió

⁹³¹ MARKHAM (2005), p.82 indica que salvo excepciones muy puntuales, partes independientes no contienen cláusulas de revisión de precios, siendo ésta la razón por la que critica el modelo propuesto por la OCDE.

⁹³² HENSHALL; LOBB (2015), p.333 indican que la inversión de la carga de la prueba es contraria al *arm's length principle*, si bien no aportan argumentos que refuercen su postura.

⁹³³ SAN 22 julio 2010, caso *YPF* (2010, Audiencia Nacional, España). STS 18 julio 2013, caso *YPF* (2013, Tribunal Supremo, España).

que la valoración correcta de la contraprestación debió ascender a una cifra cercana a los 79 millones de euros. La entidad por su parte manifestó que cuando se iniciaron los trámites de compra, en octubre de 2001, no se podía prever la devaluación de la moneda.

La administración demuestra que a lo largo del proceso de negociación las partes eran conscientes de las circunstancias cambiantes en el país sudamericano. De hecho, en los informes de valoración previos a la adquisición se indicaba que “teniendo en cuenta un escenario de devaluación monetaria en Argentina para el corto plazo, las citadas premisas, hipótesis, estimaciones y valores finales pueden verse modificados (18 de diciembre de 2001)”⁹³⁴. En tanto la adquisición se hizo efectiva una vez suspendida la cotización del peso, todo parece indicar que el nivel de incertidumbre presente en el momento de la adquisición era tal que, efectivamente, partes independientes hubiesen reaccionado ante tal situación mediante el establecimiento de las salvaguardas necesarias para que el precio reflejara posibles fluctuaciones del peso respecto al dólar.

A pesar de que la Audiencia Nacional hizo suyos los argumentos de la administración, el Tribunal Supremo revocó la decisión y falló a favor de los intereses del contribuyente. Según el Alto Tribunal, dado que la inspección no presentó ningún comparable sobre el que basar sus pretensiones, ello determina sin más la improcedencia del ajuste. Esta decisión sigue una tendencia muy marcada de los tribunales españoles consistente en rehuir el análisis de fondo de problemas materiales sobre precios de transferencia. Una de las manifestaciones más claras al respecto consiste en la asunción por completo de las pretensiones de una de las partes, en una suerte de práctica similar a la *baseball arbitration rule* empleada en supuestos de arbitraje. En este supuesto, entendemos que la decisión del Tribunal Supremo no es adecuada. Si bien es cierto que la administración no ha presentado comparables, sí ha logrado demostrar que la propuesta del contribuyente es contraria al principio de plena competencia.

A falta de más datos acerca del caso, la realización de un ajuste *ex post* por parte de la administración, que da lugar a un ajuste transaccional equivalente a la introducción de

⁹³⁴ SAN 22 julio 2010, caso *YPF* (2010, Audiencia Nacional, España), FJ 3°.

una cláusula de revisión del precio, es una decisión acertada ante la imposibilidad de hallar comparables al respecto y ante la aplicación de métodos no convencionales, puesto que el precio máximo que un comprador estaría dispuesto a pagar en las mismas circunstancias se vería influenciado en todo caso por la situación de incertidumbre que raya en la certeza de una devaluación contundente del peso frente al dólar. Por tanto, a nuestro parecer la decisión del Tribunal Supremo ha de reputarse errónea.

En consecuencia, las reglas de ajuste ex post que imponen una inversión de la carga de la prueba (modelo OCDE) o que determinen la necesidad de ajustar beneficios de acuerdo a la evolución de la capacidad de un intangible para generar retornos (cláusula CWI en Estados Unidos y su equivalente en Alemania) han de reputarse contrarias al modelo propuesto en este trabajo. A nuestro parecer, la única posibilidad de que esta práctica de ajuste ex post sea conforme al principio de plena competencia implica que la administración debe probar que dada la situación de incertidumbre en el momento de fijación de precios, partes independientes hubiesen pactado cláusulas de revisión de precios, con posibilidad de que el contribuyente pueda probar que existen comparables que apunten a una conclusión diferente.

5.4. Reestructuraciones empresariales.

En este apartado analizaremos el ámbito de las reestructuraciones empresariales, entendidas como transacciones que darán lugar al traslado de funciones, activos y riesgos entre entidades vinculadas⁹³⁵. No nos referimos por tanto al traslado de renta entre entidades –al menos, no de forma directa- sino al traslado de fuentes de renta⁹³⁶. BULLEN reconoce hasta seis formas de reestructuración que podrían encajar en la definición señalada, a saber: (1) la transferencia total de funciones; (2) supuestos en que la transmitente mantiene la realización de ciertas funciones –fabricación, distribución, etc.- pero de forma mermada (*on a stripped basis*)⁹³⁷; (3) casos en los que una entidad en territorio de alta tributación concede una licencia para explotar un intangible de fabricación a una entidad en territorio de baja tributación que fabrica bienes después

⁹³⁵ TPG, par.9.1.

⁹³⁶ BULLEN (2011), p.604.

⁹³⁷ Vid. ejemplo en TPG, par.9.188, 9.189.

adquiridos por la primera entidad –o por entidades vinculadas- (*round-trip transactions*); (4) operaciones “circulares” (*circular transfers*) en que una entidad vende a otra un intangible para a continuación erigirse en licenciataria del mismo y seguir explotándolo o explotarlo y percibir una remuneración por el servicio prestado. A diferencia de la anterior -en que el transmitente de funciones de fabricación percibe adquiere productos terminados-, en las operaciones circulares el transmitente logra recuperar la capacidad de uso del bien que previamente ha enajenado; (5) asignación de operaciones lucrativas entre miembros del grupo; (6) transmisiones de una actividad empresarial completa⁹³⁸.

En 2010, la modificación de las TPG incluyó un capítulo dedicado en exclusiva ámbito de las reestructuraciones empresariales –capítulo IX- donde se establecieron pautas de interpretación de los parámetros enunciados en los párrafos 1.64 a 1.69⁹³⁹, que ya han sido analizadas en detalle⁹⁴⁰. Por tanto, centraremos nuestra atención en analizar el impacto de las particularidades de tal planteamiento sobre este tipo de operaciones. Nos referiremos en especial a tres factores clave, cuya relevancia trataremos de ilustrar al hilo de ejemplos planteados por la OCDE y sentencias referidas a ciertos supuestos de reestructuración mencionados en el párrafo anterior. Primero, la importancia de un cálculo adecuado de la compensación que partes independientes pactarían en supuestos de reestructuraciones. Segundo, la valoración de las operaciones de manera separada y no agregada es esencial antes de plantear la realización de ajustes transaccionales. Tercero, la consecuencia derivada de la aplicación de ajustes transaccionales jamás debería ser el desconocimiento total de la operación.

El factor clave en la transmisión de funciones, activos y riesgos es la compensación. Ambas partes deben quedar satisfechas en cuanto al resultado de la operación respecto de la situación precedente. Cabe afirmar que prácticamente cualquier supuesto de este tipo puede solucionarse aumentando o disminuyendo la compensación para lograr un punto óptimo en que ambas partes acepten acometer la transacción⁹⁴¹, sin necesidad de modificar otras condiciones distintas de tal remuneración. A tal efecto, el cálculo de una

⁹³⁸ BULLEN (2011), p.586-589.

⁹³⁹ Vid. TPG Capítulo IX parte IV: “Aceptación de las operaciones realmente efectuadas”, par.9.161-9.194.

⁹⁴⁰ Vid. *supra* apartado 4.1.1.

⁹⁴¹ Vid. BELL (2008a), p.400.

cifra basada en la expectativa de beneficios de acuerdo a las circunstancias de los sujetos intervinientes es un elemento de gran importancia. La normativa estadounidense en la materia contempla precisamente un método consistente en comparar el valor neto actual del potencial para generar beneficios del transmitente una vez completada la reestructuración con el valor neto actual que hubiese obtenido de no haberse producido ésta⁹⁴². En todo caso, se deben adoptar las precauciones necesarias para que la tasa de descuento empleada refleje de forma correcta las circunstancias de las partes.

A su vez, las circunstancias juegan un papel esencial en lo relativo al poder de negociación y posición de partida de cada sujeto. Por ejemplo, la acuciante necesidad de liquidez de una de las partes puede ser el factor que justifique la necesidad de desprenderse inmediatamente de un bien valioso a un precio distinto al que hubiese obtenido de no hallarse en tal situación. La necesidad de desprenderse de una línea de negocio cuya alta volatilidad en la generación de retornos no casa con el nivel de aversión al riesgo de la entidad a cambio de una cantidad a tanto alzado es otro ejemplo que ilustra la importancia de este factor; este último supuesto, el adquirente se encuentra en una mejor posición negociadora que su contraparte.

También es necesario recalcar que una disminución en el potencial para generar beneficios de la entidad no implica necesariamente una mayor compensación. Será necesario atender a las circunstancias concretas de cada caso. En el segundo ejemplo enunciado en el párrafo anterior, la entidad vendedora se desprende de una fuente de ingresos inestable a cambio de una cantidad a tanto alzado de la que dispone con inmediatez y sin riesgo alguno. En este sentido, el valor actual neto de la situación pre-reestructuración y post-reestructuración en muchas ocasiones será idéntico una vez se tenga en cuenta el cambio en el riesgo soportado⁹⁴³. Dicho con otras palabras, puede que el transmitente se desprenda de funciones, activos y riesgos con los que podría haber obtenido beneficios en un futuro, pero a su vez prescinde de la incertidumbre asociada a la volatilidad en la generación de retornos. De esta forma, la remuneración correspondiente a las funciones, activos y riesgos que asume la entidad en una situación

⁹⁴² Vid. Treas. Reg. 1.482-7T(g)(2)(iii), 1.482-7T(g)(4). ZOLLO (2011), p.761.

⁹⁴³ TPG, par.9.10. *OECD 2015 Aligning Transfer Pricing Outcomes with Value Creation, Actions 8-10 – 2015 Final Reports*, par.1.79. KROPPE; SILVA (2011), p.19, 22. COTTANI (2014), p.102.

post-reestructuración podría basarse método del coste más un margen estable que garantice retornos constantes para el perceptor⁹⁴⁴.

Para ilustrar la importancia del cálculo de una compensación adecuada, traemos a colación seguidamente una serie de ejemplos sobre transferencia de funciones. El primer supuesto objeto de estudio es el caso *Roche*, en que la administración obvia el resultado de un proceso de reestructuración y valora la operación como si tal proceso no hubiese sucedido⁹⁴⁵. El Tribunal Supremo admitió la realización de un ajuste transaccional consistente en el desconocimiento de una serie de operaciones de *strip* de funciones, resultado a todas luces desproporcionado si se compara con el empleo de técnicas de compensación adecuadas que resarzan la pérdida de funciones, activos y riesgos. En este caso, Roche Vitamins Europe, residente en Suiza y su filial en España, Roche Vitaminas, concluyen dos contratos que derivarán en traslado de funciones de la segunda a favor de la primera. En concreto, Roche Vitaminas se dedicaba a fabricar, importar y vender bienes en el sector farmacéutico. Tras la firma de los acuerdos, Roche Vitaminas se obligó a elaborar y empaquetar los productos, así como a venderlos a la compañía suiza, siguiendo las órdenes de esta última. Roche Vitaminas por otra parte asume la función de promoción en España de las mercancías que vende a Roche Vitamins Europe. Las órdenes de compra se gestionaban indistintamente por ambas entidades, si bien Roche Vitaminas no puede alterar o negociar las condiciones de venta, ni concluir contratos en nombre de la empresa suiza. Roche Vitaminas además pone a disposición de su matriz un almacén a cambio de una retribución fija. Para el resto de funciones, se emplea el método del coste incrementado.

Tanto la Audiencia Nacional como el Tribunal Supremo consideraron en este caso que Roche Vitaminas actuaba como establecimiento permanente en España de Roche Vitamins Europe. Si bien la controversia suscitada a raíz de la decisión tuvo más que ver con este factor que con la atribución de beneficios al supuesto establecimiento permanente⁹⁴⁶, éste factor es crucial para determinar la potestad de gravamen en España. El artículo 7.2 del Convenio entre España y Suiza indica que “se atribuirán al

⁹⁴⁴ CHAMBERLAIN; TURLEY (2015), p.S11.

⁹⁴⁵ SAN 24 enero 2008, caso *Roche* (2008, Audiencia Nacional, España). STS 12 enero 2012, caso *Roche* (2012, Tribunal Supremo, España).

⁹⁴⁶ Vid. MARTÍNEZ MICÓ (2014), p.46. ZORNOZA; BÁEZ (2015), p.120.

establecimiento permanente los beneficios que éste obtendría si fuese una empresa distinta y separada que realizare las mismas o similares actividades, en las mismas o similares condiciones, y tratase con total independencia con la empresa de la que es establecimiento permanente”. En el presente caso, la complejidad de la atribución de beneficios a establecimientos permanentes se desvanece, porque en realidad, al margen de su calificación como EP –que no deja de ser una ficción exclusiva del ámbito tributario-, la empresa ya es independiente de su matriz, de modo que la consecuencia que prevé el citado precepto ya se cumple en el ámbito jurídico privado.

Así las cosas, el beneficio atribuible se debería haber correspondido con la remuneración que ya venía percibiendo la entidad y no con los beneficios derivados de unas ventas a clientes que ya no lleva a cabo, como sostuvieron erróneamente la Audiencia Nacional y el Tribunal Supremo⁹⁴⁷. La consecuencia por tanto, al margen de la consideración de Roche Vitaminas como establecimiento permanente o como filial de Roche Vitamins Europe, es la realización de un ajuste transaccional implícito -y por tanto contrario al principio de plena competencia- equivalente a tener por no suscritos los referidos contratos, decisión que redundaría en arbitrariedad, ya que se opera al margen del derecho. Una solución admisible en este supuesto en su caso hubiese sido la modificación de la remuneración para reflejar una compensación adecuada al hecho de que Roche Vitaminas pierde potencial para generar beneficios; no así el desconocimiento de la operación⁹⁴⁸. No obstante, según hemos comentado más arriba, para calcular la compensación hay que tener en cuenta que la expectativa de beneficios actualizada de Roche Vitaminas tras la reestructuración no sea muy distinta a la prevista antes de suceder ésta, ya que la obtención de una mayor renta tenía lugar a costa de una mayor incertidumbre. Después de la reestructuración, los flujos de caja son constantes puesto que Roche Vitaminas se ha desprendido de una serie de riesgos que ahora soporta Roche Vitamins Europe.

En el caso *Ejendoms- og Investeringsselskab*⁹⁴⁹, una entidad de venta al por menor - Ejendoms- og Investeringsselskab- transfiere sus funciones de compra a una entidad

⁹⁴⁷ SAN 24 enero 2008, caso *Roche* (2008, Audiencia Nacional, España), FJ 7º. STS 12 enero 2012, caso *Roche* (2012, Tribunal Supremo, España), FJ 5º.

⁹⁴⁸ En el mismo sentido, ZORNOZA; BÁEZ (2015), p.133.

⁹⁴⁹ *Ejendoms- og Investeringsselskab* (1999, Tribunal Supremo, Dinamarca), decisión citada en WITTENDORFF (2010a), p.159.

relacionada -Hobby Hall- a cambio de una comisión del 5% calculado sobre el total de compras realizadas por esta última⁹⁵⁰. El hecho de que la remuneración no se calculase sobre costes sino sobre el volumen de compras dio lugar a que la primera obtuviese unos beneficios muy elevados sin haber realizado inversiones y sin asumir riesgo alguno. Con todo, la solución refrendada por el Tribunal Supremo danés consistió en imputar dichas rentas a Hobby Hall, en lugar de modificar la compensación a la baja, lo que supone la realización de un ajuste transaccional que implica el desconocimiento total de la enajenación de la función de compra. De acuerdo al modelo propuesto en esta tesis, la decisión señalada es errónea por dos motivos. Por un lado, ni la administración ni el tribunal agotan todas las vías disponibles enmarcadas dentro del análisis de comparabilidad antes de realizar ajustes sobre las condiciones de la operación. Por otro lado, en caso de admitir la necesidad de realizar ajustes transaccionales, dichos sujetos no se plantean que la solución adoptada, consistente en obviar la operación de traspaso de funciones, es desproporcionada para dar cumplimiento al mandato *at arm's length* frente a otras opciones menos gravosas, como la modificación del sistema de compensación. Dado que la sola modificación de este elemento permite alcanzar un resultado acorde al principio de plena competencia, no es necesario alterar ningún otro factor de los que configuran la transacción.

El caso *Allers*⁹⁵¹ trata el supuesto de dos filiales vinculadas en que una de ellas -Allers, residente en Noruega- concede a la otra -Union, residente en Dinamarca- el derecho exclusivo a gestionar la publicidad de una de sus revistas, a cambio de una tarifa anual. Ello implica que a cambio de una cantidad a tanto alzado prefijada sin tener en cuenta las posibles ganancias obtenidas por Union, ésta pudo dirigirse a anunciantes y gestionar la cesión de tal espacio en la revista propiedad de Allers. El Tribunal Supremo noruego entendió que partes independientes no hubiesen concluido jamás tal negocio y por tanto atribuyó los beneficios de Union derivados de la actividad de gestión del espacio publicitario a Allers. Los comentarios realizados al hilo del análisis del caso *Ejendoms- og Investeringselskab* son plenamente trasladables a este supuesto. El Tribunal no valora alternativas menos lesivas, referidas a la modificación de la compensación que Allers percibe a cambio de la cesión del espacio publicitario en exclusiva a Union.

⁹⁵⁰ KROPPE; SILVA (2011), p.29.

⁹⁵¹ *Allers* (1936, Tribunal Supremo, Noruega), decisión citada en BULLEN (2011), p.600.

Este caso plantea un problema adicional, referido al ajuste de los beneficios en sede de la entidad noruega. El importe de ajuste es equivalente a los beneficios que Union ha generado en la explotación de la concesión, hecho que carece de lógica en tanto nadie puede saber si Allers, de haber dispuesto del espacio publicitario en la revista, lo hubiese gestionado mejor, peor o igual que Union y por tanto es imposible determinar con un mínimo de precisión si Allers hubiese obtenido más o menos rendimientos que Union. Por tanto, el resultado de la ficción derivada de la realización de tal ajuste transaccional excede con mucho un mínimo de certeza razonable.

El análisis de *Allers* sirve para constatar que los parámetros definidos en el modelo de realización de ajustes transaccionales trasladados al supuesto de reestructuraciones empresariales también determinarán limitaciones importantes en cuanto a la consecuencia derivada de su aplicación. De nuevo, debemos enfatizar la necesidad de abordar exclusivamente la modificación de la condición o condiciones que impidan la realización satisfactoria del análisis de comparabilidad. Por ello, salvo que la administración pruebe de manera fehaciente que partes independientes jamás hubiesen acometido la operación, el elemento objeto de modulación deberá ser la remuneración, de modo que una vez más, el cálculo de la compensación adecuada será crucial también en el ámbito de la concreción de ajustes transaccionales. Nótese en este punto que la modificación de la compensación propuesta en una primera etapa -referida a la búsqueda de comparables, a la realización de ajustes de comparabilidad y el empleo de técnicas no convencionales- ha de distinguirse de la modificación del método de remuneración -pago a tanto alzado, pagos a plazos, cláusulas de revisión del precio, etc.-.

Para analizar la relevancia del análisis aislado de operaciones y sujetos, frente a un entendimiento agregado, nos referiremos seguidamente a un conjunto de casos que tuvieron una repercusión significativa en el régimen estadounidense de precios de transferencia. Estos supuestos son los conocidos como “*round-trip transactions*” o “*make or buy cases*”, en que una entidad residente en Estados Unidos cede los intangibles necesarios para fabricar un producto a una sociedad extranjera de tal forma que sea ésta quien realice las funciones de fabricación y venda el producto terminado a la sociedad estadounidense.

El paradigma de estos supuestos en Estados Unidos es el caso *Bausch & Lomb*⁹⁵². Bausch & Lomb Inc. (B&L US) dispone de los conocimientos técnicos necesarios para fabricar lentillas a \$1,5 la unidad, coste que se sitúa muy por debajo del que sus competidores deben soportar. Llegado cierto punto, esta empresa incorpora a Bausch & Lomb Ireland (B&L IRL) en Irlanda y le concede una licencia para que dicha entidad fabrique las referidas lentillas. A cambio, B&L IRL pagará un canon. A partir de ese momento B&L US adquiere toda la producción de su filial a un precio de \$7.5 la unidad.

La administración trató de defender que la relación comercial entre ambas entidades debía calificarse como de mera fabricación (*contract manufacturer*) y por tanto B&L US debía remunerar sobre esta base a B&L IRL, que debería haber percibido así compensación de acuerdo a las funciones de producción únicamente y no un precio equivalente al de mercado de las lentillas en sí, pues un sujeto independiente no hubiese llevado a cabo tal adquisición teniendo la posibilidad de fabricar y de obtener por tanto el producto terminado por un coste mucho menor al abonado a B&L IRL.

El Tribunal en este supuesto falló en contra del criterio de la administración al entender que, efectivamente, las partes habían valorado sus operaciones de acuerdo al principio de plena competencia ya que el análisis del contribuyente se basaba en el precio que sujetos independientes hubiesen abonado por la adquisición del producto. A nuestro entender, el juzgador obró bien al impedir el intento de la hacienda norteamericana por recurrir a la doctrina del *could have* en contraposición a la forma de estructurar la operación escogida por el contribuyente. Probablemente el elemento valorativo sí pudo ser objeto de ulteriores discusiones, en especial cuando se advierte que en los comparables presentados, el adquirente no tenía opción de fabricar las lentillas por sí mismo, de manera que una rebaja en el precio para reflejar esta circunstancia hubiese sido acorde al principio de plena competencia. De hecho la alternativa de fabricar el producto podría servir de límite mínimo a la hora de calcular la compensación en forma el canon que la subsidiaria debiera pagar. De esta manera se evita la realización de ajustes sobre las condiciones de la operación a la vez que se refleja en su valoración el

⁹⁵² *Bausch & Lomb, Inc. v. Commissioner* (1991, Tribunal de apelaciones, segundo circuito, Estados Unidos).

hecho de que en efecto, la matriz tenía la capacidad de fabricar el producto hasta que licencia el intangible y deja de hacerlo⁹⁵³.

Los tribunales en Estados Unidos alcanzaron idénticas conclusiones en casos similares. En *Eli Lilly*⁹⁵⁴, la citada empresa transfirió patentes desarrolladas en Estados Unidos a Lilly Puerto Rico, quien se convirtió en la única fabricante del grupo de dos fármacos, Darvon y Darvon-N, vendidos posteriormente a la matriz estadounidense, quien a la postre se convirtió en distribuidora de ambos productos en este país. En *Sundstrand* se licenció información sobre fabricación de piezas de aviones a una subsidiaria residente en Singapur, quien posteriormente vendía las piezas a la matriz estadounidense para su distribución. Una vez la administración constató el fracaso de esta línea de argumentación, se acabó admitiendo que la entidad subsidiaria residente en el extranjero efectivamente era capaz de explotar el intangible correspondiente⁹⁵⁵.

Estos casos son adecuados para destacar la relevancia de la búsqueda de soluciones adecuadas a los parámetros del análisis de comparabilidad antes de recurrir a una figura más agresiva como es el ajuste transaccional. Previa la utilización de este remedio, el análisis de las operaciones de manera aislada es admisible siempre y cuando arroje resultados fiables, frente a la modificación de las condiciones de la operación que debe ser una herramienta de *ultima ratio*, según hemos tenido ocasión de defender en el presente trabajo. La discusión acerca de si concurren los elementos suficientes para afirmar que nos encontramos ante una operación abusiva no debe entremezclarse con los requisitos y condiciones que deben cumplirse en un supuesto determinado para realizar ajustes transaccionales⁹⁵⁶. Por ello, entendemos que la referencia a la mejora de la situación del grupo antes o después de impuestos que sostiene la OCDE⁹⁵⁷ carece de lógica en este ámbito; el análisis debe centrarse en la situación de cada miembro del grupo y no en términos agregados⁹⁵⁸.

⁹⁵³ BERRY; BRADFORD; HINES (1992), p.736. BULLEN (2011), p.621. HENSHALL (2013a), m.no. 7.63.

⁹⁵⁴ *Eli Lilly & Co. v. Commissioner* (1988, Tribunal de apelaciones, séptimo circuito, Estados Unidos).

⁹⁵⁵ Vid. *Perkin-Elmer Corporation v. Commissioner* (1993, Tribunal Fiscal, EE.UU.).

⁹⁵⁶ Vid. *supra* apartado 3.2. para más referencias sobre esta línea de argumentación.

⁹⁵⁷ Cfr. TPG par.9.178, 9.182 y *OECD 2014 BEPS Actions 8, 9 and 10. Draft on revisions to chapter I of the Transfer Pricing Guidelines (including risk, recharacterisation, and special measures)*, par.89. *OECD 2015 Aligning Transfer Pricing Outcomes with Value Creation, Actions 8-10 – 2015 Final Reports*, par.1.122 *in fine*.

⁹⁵⁸ En el mismo sentido, BULLEN (2011), p.605. VERLINDEN et al. (2015), p.5

Para explicar el tratamiento de la consecuencia de la aplicación de ajustes transaccionales en el ámbito de las reestructuraciones empresariales emplearemos el ejemplo de las transacciones circulares. Las TPG enuncian el supuesto de una entidad fabricante que se diferencia de sus competidores mediante el desarrollo de marcas de alto valor a través de costosas campañas de marketing. El uso de este intangible permite incrementar de manera significativa el precio del bien fabricado. Llegado cierto punto, las marcas se transfieren a una entidad de nueva creación a cambio de un pago a tanto alzado. Esta entidad contrata a la primera para que le ayude a explotar el intangible, puesto que carece de empleados que efectúen las funciones necesarias en relación al desarrollo de las referidas marcas. El cálculo de la remuneración por el servicio prestado se basa en el método del coste incrementado. Además, las decisiones estratégicas se adoptan por parte de empleados de la primera entidad, servicio que también se ve compensado a través del referido método⁹⁵⁹.

La OCDE propone en este supuesto desconocer la operación de enajenación de las marcas porque la sustancia no se corresponde con la forma, dado que la entidad de nueva creación carece de capacidad para asumir riesgos y no existen motivos comerciales que justifiquen la operación⁹⁶⁰. Este resultado no es acorde al modelo que proponemos y es posible criticarlo desde dos perspectivas diferentes. Primero, el presupuesto de hecho del ajuste transaccional de acuerdo al planteamiento propuesto dependería de parámetros extraños al principio de plena competencia y más propios de reglas generales antiabuso, como es el número de empleados de la entidad y las funciones que realizan. De hecho, en las TPG se propone otro ejemplo que parte de las mismas circunstancias pero en el que hay un trasvase de empleados a la entidad de nueva creación que contribuirán al desarrollo de su estrategia y a la explotación de las marcas⁹⁶¹. En este supuesto se entiende que no es necesario modificar las condiciones de la operación. A nuestro parecer, que la realización de ajustes transaccionales dependa del número de empleados es un error, puesto que en cualquier caso es normal que entidades independientes externalicen funciones, en cuyo caso el elemento a ajustar sería la remuneración *at arm's length* que corresponda y no en el desconocimiento de la

⁹⁵⁹ TPG par.9.190, 9.191.

⁹⁶⁰ TPG par.9.192.

⁹⁶¹ TPG par.9.193.

operación. Además, una discusión sobre esta índole conduce a extremos absurdos. La OCDE entiende que con un total de 45 empleados bastaría dotar a la entidad de nueva creación de sustancia suficiente. ¿Bastaría con 30 empleados? ¿Y con 10?. Si tenemos en cuenta la mejora en el ámbito de las tecnologías de la información y la comunicación, ¿podrían ser suficientes 3 empleados?. Este debate carece de sentido, más aún en el marco de aplicación del principio de plena competencia⁹⁶².

Segundo, existen alternativas menos lesivas que permiten mantener la mayoría de elementos de la operación intactos. En concreto, la modificación del método de compensación para ligarlo a la capacidad de generar beneficios de los intangibles sería una solución adecuada y conforme al principio de plena competencia. Nótese que esta modificación sí puede calificarse como ajuste transaccional, pues en última instancia la compensación se ve alterada pero como causa de un cambio en la forma de remunerar escogida a través de la vía que se considere más apropiada -cláusula de revisión de precios, compensación a partir de porcentajes calculados sobre la renta generada por el intangible, pagos periódicos de acuerdo a resultados, etc.-.

Con todo, lo más probable es que tras la publicación del informe final sobre las acciones 8 a 10 de BEPS -dadas las nuevas propuestas ya comentadas en los apartados anteriores- se suprima este ejemplo o se modifique de manera drástica, de tal manera que el desconocimiento de la operación se descarte frente a la alternativa que aquí proponemos -modificar el sistema de remuneración- o el cálculo de compensaciones de manera que la entidad de nueva creación no perciba apenas rendimientos en consonancia con las nuevas pautas sobre atribución de beneficios derivados de activos intangibles, ya comentadas.

De hecho, en el mentado informe, la OCDE propone el siguiente ejemplo, que ya hemos traído a colación al hilo del estudio de la elección de la alternativa menos gravosa para el contribuyente⁹⁶³. La entidad S1 lleva a cabo labores de I+D para el desarrollo de intangibles que emplea para crear nuevos productos que produce y vende. Acuerda con

⁹⁶² Vid. SCHÖN (2008), p.91 que advierte del absurdo debate doctrinal al hilo de la sentencia *Cadbury Schweppes*, asunto C-196/04, del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, discusión que se acaba por reducirse a preguntarse “cuántos faxes y secretarías se necesitan” para que una entidad no sea considerada un montaje puramente artificial.

⁹⁶³ Vid. *supra* apartado 4.2.2.2.

S2 una cesión de derechos sobre los intangibles futuros que genere durante un período de 20 años a cambio de un pago a tanto alzado. Estas operaciones, según el organismo internacional, son irracionales desde un punto de vista comercial y por tanto es necesario realizar un ajuste transaccional que implique la modificación de la forma de remuneración⁹⁶⁴, en lugar del desconocimiento total de la operación. Este supuesto es idéntico –si bien más desarrollado- al que ilustra el supuesto de irracionalidad comercial previsto en las TPG⁹⁶⁵. La solución propuesta es adecuada siempre y cuando se constate la imposibilidad de acometer un análisis de comparabilidad adecuado y se realice un ajuste de la forma de pago de la manera más adecuada a las circunstancias del caso⁹⁶⁶. Bajo ningún concepto debería admitirse el desconocimiento de la operación, puesto que siempre existirán vías menos invasivas para solventar el requisito de comparabilidad.

El caso *Findus* es un buen ejemplo de una aproximación adecuada al problema. Una entidad residente en Suecia transmite marcas y otros intangibles a una sociedad dependiente residente en Suiza, la cual concede licencias de uso a la primera a cambio del pago de regalías⁹⁶⁷. La administración entiende que los abonos por este concepto no son deducibles –lo que implicaría desconocer la transmisión-, porque resulta impensable que una sociedad se desprenda de activos generadores de renta sin percibir una contraprestación adecuada. El Tribunal falló sin embargo que la operación debía tenerse por realizada porque en su caso, el elemento que impide dar cumplimiento al principio de plena competencia es la ausencia de contraprestación en la venta. Éste deber ser el elemento objeto de ajuste y no la deducibilidad de las regalías abonadas, porque es una alternativa menos lesiva que la modificación de las condiciones de la operación.

En conclusión, los supuestos de reestructuraciones empresariales presentan ciertas particularidades respecto a la realización de ajustes transaccionales. En primer lugar, es necesario acometer un estudio minucioso acerca de la posibilidad de modular la compensación frente a otras alternativas desproporcionadas. En segundo lugar, el carácter de medida de *ultima ratio* de la modificación de las condiciones de la operación impone la necesidad de analizar las operaciones que se hayan efectuado de manera

⁹⁶⁴ OECD 2015 *Aligning Transfer Pricing Outcomes with Value Creation, Actions 8-10 – 2015 Final Reports*, par.1.128.

⁹⁶⁵ TPG, par.1.65 *in fine*.

⁹⁶⁶ Vid. OECD 2015 *Action 8: Hard-To-Value Intangibles*, par.3.

⁹⁶⁷ *Findus* (1979, Tribunal Supremo administrativo, Suecia), citado en BULLEN (2011), p.651.

separada y tomando como referencia una visión individual y no de grupo, en consonancia con el mandato *at arm's length*. En tercer lugar, es muy importante tener presente que el desconocimiento de la operación no será una alternativa viable en estos casos, frente a la modificación del método de compensación. Cualquier solución contraria a estos parámetros debe reputarse contraria al principio de plena competencia.

5.5 Acuerdos de reparto de costes.

Un acuerdo de reparto de costes es un convenio marco que permite a las empresas repartirse los costes y los riesgos de desarrollar, producir u obtener activos, servicios o derechos y determinar la naturaleza y el alcance de los intereses de cada uno de los participantes en estos activos, servicios o derechos⁹⁶⁸. En principio, la proporción de los beneficios esperados del acuerdo que un participante percibe depende de su participación en el total de las aportaciones al mismo⁹⁶⁹. Ciertos beneficios derivados de los acuerdo de reparto de costes se conocen por anticipado, mientras que otros, como por ejemplo los resultados de las actividades de investigación y desarrollo, son inciertos⁹⁷⁰.

El tipo de acuerdo de reparto de costes más frecuente es el referido al desarrollo conjunto de activos intangibles, donde cada participante recibe una participación en los derechos de explotación sobre el activo que se desarrolla⁹⁷¹. Otras modalidades se pueden referir al reparto de los costes y riesgos para el desarrollo o la adquisición de activos tangibles o para la obtención de servicios. En ciertos casos, los participantes en un acuerdo de reparto de costes pueden decidir que una sociedad independiente, que no se considera participante, ejerza total o parcialmente la actividad objeto del acuerdo. En el caso de un contrato de investigación o de fabricación, esta sociedad deberá ser retribuida a un precio de plena competencia por los servicios prestados a los participantes⁹⁷².

⁹⁶⁸ OECD 2015 *Aligning Transfer Pricing Outcomes with Value Creation, Actions 8-10 – 2015 Final Reports*, par.8.3.

⁹⁶⁹ TPG, par.8.3.

⁹⁷⁰ TPG, par.8.4.

⁹⁷¹ TPG, par.8.6.

⁹⁷² TPG, par.8.12.

La mayor parte de los problemas que plantea la regulación de este tipo de acuerdos se refieren a la valoración de las aportaciones que cada entidad realiza de acuerdo al beneficio esperado⁹⁷³, del pago que nuevos participantes deben realizar para entrar a un acuerdo ya iniciado (*buy-in payments*)⁹⁷⁴ y al cálculo de pagos compensatorios (*balancing payments*) para ajustar las aportaciones de los participantes⁹⁷⁵, en caso de que se detecte un desequilibrio respecto a los acuerdos que habrían alcanzado partes independientes.

En especial, cabe mencionar que una técnica de planificación fiscal muy efectiva empleada por grupos multinacionales con sede en Estados Unidos dada la regulación en la materia de este país⁹⁷⁶. De acuerdo a la normativa interna sobre reparto de costes en este país, una entidad extranjera lograría la capacidad de explotar el intangible fuera de Estados Unidos y por tanto de obtener los beneficios derivados de esa explotación, a partir de la asunción de un porcentaje del coste del desarrollo de este activo. Por ejemplo, en el caso de la multinacional Apple, es Apple Inc, residente en el país americano quien ostenta la propiedad de los intangibles que emplea el grupo en conjunto a la hora de desarrollar su negocio. Esta entidad celebró un acuerdo de reparto de costes con Apple Sales International -residente en Irlanda- según el cual, dado que alrededor del 60% de las ventas mundiales tienen lugar fuera de Estados Unidos, debía abonar a Apple Inc el 60% de los gastos de investigación y desarrollo, que en 2011 ascendieron a 1,4 mil millones de dólares. A cambio, la entidad irlandesa obtuvo derechos de explotación de los intangibles que contribuyeron a la generación de ingresos para esta entidad por valor de 74 mil millones de dólares en el período 2009-2012⁹⁷⁷.

⁹⁷³ TPG, par.8.13 et seq.

⁹⁷⁴ TPG, par.8.31 et seq.

⁹⁷⁵ TPG, par.8.18, 8.27. *OECD 2015 Aligning Transfer Pricing Outcomes with Value Creation, Actions 8-10 – 2015 Final Reports*, par.8.34 et seq. En este último documento se percibe la tendencia hacia una mayor importancia del desempeño de funciones por delante de activos y riesgos, a la hora de calcular la citada compensación. Vid. ROBILLARD (2015b), p.1118. WITTENDORFF (2015), p.1123.

⁹⁷⁶ Vid. Treas. Regs. 1.482-7. Vid. BRAUNER (2010), p.556.

⁹⁷⁷ Vid. TING (2014), p.45, 47. Según BRAUNER (2014b), p.97 el régimen estadounidense de acuerdo de reparto de costes puede calificarse como un puerto seguro (*safe harbor*) que blinda al contribuyente del escrutinio de la administración respecto de la aplicación del régimen de *partnerships* y la aplicación del régimen general de precios de transferencia.

En cualquier caso, una vez ilustrados los problemas que normalmente plantean los acuerdos de reparto de costes y dado que éstos no se refieren al ámbito de los ajustes transaccionales, consideramos prudente detener la explicación en este punto.

Aunque las reflexiones vertidas en los apartados anteriores son plenamente trasladables al contexto de los acuerdos de reparto de costes, dado que buena parte de los problemas relativos a la realización de ajustes transaccionales se refieren a la atribución de riesgos y a problemas relativos a intangibles⁹⁷⁸, sí cabe realizar dos apreciaciones adicionales.

En primer lugar, es necesario señalar que la posibilidad de realizar modificaciones en las condiciones de la operación en el marco de reparto de costes se prevé en las TPG de manera escueta. Se indica que si un participante que ejecuta toda la actividad se beneficia únicamente de una pequeña cuota en los beneficios esperados, cabe plantearse si su adhesión al acuerdo tiene realmente por objeto participar en los beneficios, o si se ha simulado una participación para obtener ventajas fiscales. De acuerdo a la OCDE, en estos casos, la administración tributaria puede determinar que las consecuencias fiscales sean las que hubieran resultado en el caso de que el acuerdo se hubiera celebrado entre empresas independientes, conforme a las pautas contenidas en los párrafos 1.64 a 1.69⁹⁷⁹.

De nuevo, debemos reiterar el error de enfoque en que incurre el organismo internacional al abordar el problema. La obtención de ventajas fiscales es irrelevante en el análisis y no debería siquiera mencionarse para evitar confusiones. Por otra parte, el hecho de que un participante logre menos beneficios de los que obtendría una entidad independiente será un indicativo de la necesidad de efectuar un ajuste en la compensación, pero nunca de la realización de ajustes transaccionales, a no ser que la administración demuestre que la entidad en cuestión jamás hubiese entrado a participar en el acuerdo, lo que parece poco probable frente a un ajuste de valoración que solucione el citado desequilibrio⁹⁸⁰.

⁹⁷⁸ Vid. *OECD 2015 Aligning Transfer Pricing Outcomes with Value Creation, Actions 8-10 – 2015 Final Reports*, par.8.9, 8.39, 8.40.

⁹⁷⁹ TPG par.8.29.

⁹⁸⁰ Vid. *supra* apartado 4.1.2.

En segundo lugar, la nueva versión del capítulo sobre acuerdo de reparto de costes elaborada en el marco del plan BEPS, hace referencia a un ejemplo cuyo desenlace puede dar lugar a la realización de ajustes transaccionales contrarios al principio de plena competencia⁹⁸¹. El caso versa sobre un acuerdo según el cual la entidad A se compromete a aportar financiación para el desarrollo del intangible por valor de 100 millones al año durante 5 años y la entidad B aporta derechos para explotar una serie de intangibles de su propiedad, además de su compromiso para desarrollar funciones de desarrollo, mejora, mantenimiento, protección y explotación de los intangibles que se creen en el futuro. De acuerdo a la redacción del enunciado, se señala que la entidad A carece de capacidad a la hora de tomar decisiones para asumir o rechazar la oportunidad de adoptar los riesgos (*risk-bearing opportunity*) que entraña su participación en el acuerdo de reparto de costes o sobre cómo responder ante los mismos. Tampoco tiene capacidad para mitigar los riesgos ni adoptar decisiones al respecto.

En tal caso y de acuerdo al criterio del control sobre el riesgo, ya analizado⁹⁸², la OCDE considera que al determinar los hechos de la transacción, se debería entender que la entidad A no tiene derecho a percibir retorno alguno derivado de la explotación de los intangibles integrados en el acuerdo de reparto de costes.

Este resultado carece de sentido por varios motivos. Primero, la realización de ajustes transaccionales en el plano de determinación de los hechos es totalmente contraria al principio de plena competencia⁹⁸³. Segundo, la aplicación del criterio del control sobre el riesgo es inadecuada por las razones ya señalados en el apartado correspondiente, pero además cabe señalar que en este caso siquiera se respetan las pautas establecidas por la OCDE en la materia, puesto que la consecuencia no es la reasignación del riesgo a otra entidad y la reasignación de los retornos que ello conlleva, sino la absoluta negación de la atribución de retornos a la entidad A. Tercero, la entidad A sí tiene capacidad para adoptar decisiones acerca del riesgo que entraña participar en el acuerdo, puesto que desde el momento en que aporta el capital comprometido, efectivamente está asumiendo dicho riesgo, por lo que cabe afirmar que la redacción del ejemplo es

⁹⁸¹ OECD 2015 *Aligning Transfer Pricing Outcomes with Value Creation, Actions 8-10 – 2015 Final Reports, Annex to Chapter VIII – Examples to illustrate the guidance on cost contribution arrangements, Example 5.*

⁹⁸² Vid *supra* apartado 5.1.

⁹⁸³ Vid. *supra* apartado 3.1.

errónea. Cuarto, existe una opción menos gravosa que la realización de un ajuste transaccional tan drástico, que consiste en valorar el hecho de que la entidad B está asumiendo el control de buena parte de los riesgos que entraña el acuerdo de reparto de costes y que en tal sentido, quizá A debiera resarcir a B por este concepto. Sería por tanto necesario especificar si de acuerdo a los términos del pacto, A está remunerando a B por este concepto. En caso de que la respuesta fuese negativa, procedería calcular una compensación adecuada al efecto.

En consecuencia, salvo que la administración demuestre que el acuerdo de reparto de costes no hubiese tenido lugar siquiera modulando la compensación que cada parte percibe, la realización de ajustes transaccionales en este campo debe reputarse contraria al principio de plena competencia.

CONCLUSIONS.

The point of departure of this thesis was to ascertain whether and to what extent tax administrations can apply transactional adjustments for transfer pricing purposes, i.e. whether to modify the structure of controlled transactions is in accordance with the arm's length principle (ALP). The main conclusion in this regard is that transactional adjustments are not only possible but also inherent to the ALP, albeit stringent conditions in their enforcement regard this figure as exceptional.

The structure this thesis adopted was twofold. In the first part, the aim was to establish a proper framework for transactional adjustments to be analyzed. First, a brief explanation on how transfer pricing based on the ALP work was made. Second, the nature of the ALP was analyzed. Third, the notion and types of transactional adjustments were discussed. Fourth, the insertion of these adjustments within a normative and interpretative framework was posed by distinguishing three levels: DTCs , domestic law and soft law.

The aim of the second part was to analyze the position the OECD has regarding transactional adjustments and a model proposal to improve criteria that define the nature and scope of this tool. First, the importance of a correct fact assessment was emphasized and the distinction between transactional adjustments and object qualification measures was drawn. Second, the scope and consequences of transactional adjustments as defined by the OECD was criticized and a model proposal was delineated. Third, the validity and usefulness of the model was contrasted in conflictive scenarios, namely attribution of risks, attribution of profits derived by intangible assets, hard-to-value intangibles and business restructurings.

Henceforth, the following conclusions may be drawn. Please note that arguments supporting each statement may be found within the pages specified in brackets.

I. The arm's length principle as the theoretical framework for transactional adjustments.

1. In order to fully understand the concept of transactional adjustments, it is of the utmost important to first assess the framework within this is inserted, namely the ALP. Transfer pricing regulations complying with this standard impose a fiction by which profits derived from controlled transactions are calculated taking into account the outcome unrelated parties would have agreed on within the same circumstances. Thereby, the ALP serves the purpose of allocating income within the members of a group (36-37).
2. The ALP set an optimization mandate by which taxpayers or tax administrations applying transfer pricings rules should try to reach a solution that must be the closest possible to what independent parties would have achieved in similar circumstances. In this sense, if more than one answer is given, these should be contrasted to ascertain which one complies better with this standard. Besides, even a range of plausible solutions on an equal footing may exist. Therefore, it is important to mention that the ALP is based on a case-by-case analysis (37-43).
3. It is crucial to define the scope of the fiction the ALP establishes. The full ALS approach implies to carry the independence fiction to its last consequences, namely to fictively treat controlled transactions as if they were made by independent parties, both from the perspective of the transactions' conditions and the circumstances of the parties. The limited ALS approach is not that far-reaching, but only extends the fiction to reflect a divergence of interests between the parties, being this element the only one to consider when applying profit adjustments. The latter approach is more akin to give rise to transactional adjustments than the former. Anyhow, the adoption of the full ALS approach or the limited one will depend on the drafting of the applicable domestic rule and will have an impact on transactional adjustments (43-49).
4. Since the 1980s, the ALP is no longer structured on the comparability of transactions, but on the sameness of the performance of uncontrolled parties in

similar circumstances. This change of paradigm has also an impact on transactional adjustments (38-41).

5. The ALP obviates the logic underlying the performance of groups of companies within the market, explained by the overcoming of inefficiencies arising in imperfect competition scenarios. In addition, the effective enforcement of this standard creates a two-speed scenario benefiting wealthy MNEs with a solid transfer pricing strategy (49-59).
6. The aim of the ALP focuses on the allocation of income between related parties. Other effects such as neutrality in the treatment between controlled and uncontrolled entities or the fight against tax avoidance are to be regarded as side effects of the effective application of this standard. This point is relevant to ascertain the role transactional adjustments should have in the transfer pricing context (59-67).

II. The notion of transactional adjustments.

7. Transactional adjustments consist on the alteration of controlled transactions' conditions -different from prices or margins- within the framework of the comparability analysis that will have an impact on the calculation of a primary adjustment. These may be classified in different categories, according to their magnitude -complete or partial adjustments-, their awareness -implicit or explicit adjustments- and their predetermination by law -*iuris et de iure* or *iuris tantum*-. Notwithstanding, the most important distinction and the one this thesis deals with is the one referring to their compliance (or not) with the ALP (67-77).
8. The dawn of transactional adjustments may be traced back to early United States case law on transfer pricing rules. Courts were reluctant to ignore the structure of a controlled transaction unless the substance over form doctrine could be applied. Therefore, the possibility of applying the so-called "could have" doctrine or the "clearly available options" approach was denied (79-85).
9. Since 1979, the year in which the first comprehensive Guidelines to interpret the ALP were published, the OECD states that transactional adjustments should be

regarded as exceptional and must be limited to specific scenarios. The definition of this assertion derived from the inexistence of guidelines in that respect (OECD TP Report, 1979) to the delimitation of two circumstances in which it would be “legitimate and appropriate” to modify the structure of a transaction, although without a proper development (TPG, 1995); the delineation of more specific guidance (TPG, 2010); and finally a change of the scope and consequences of transactional adjustments proposed within the BEPS project (2015) (88-96).

10. Although BEPS proposals on the subject matter raised in the Final Report on Actions 8-10 restrict the scope of transactional adjustments, certain areas remain in which the alteration of transactions’ conditions are permitted without resorting to proposed general guidelines on the issue, i.e. attribution of risks, attribution of intangibles and hard-to-value intangibles (95-96).

III. The legal framework of transactional adjustments.

11. The legal framework in which the ALP, and thus transactional adjustments are enacted, comprises: (1) domestic transfer pricing rules as basis for the adjustment, (2) the applicable DTC (if any), which will normally include a rule equivalent to that included in art.9.1 OECD Model Convention that serves the purpose of restricting domestic rules contrary to the arm’s length principle and (3) soft law documents as means to interpret transfer pricing rules that comply with the ALP, but that cannot be regarded as having the status of enacted rules (97-132).
12. Art.9.1 has a series of distinctive notes that are relevant to ascertain its role in the framework of transfer pricing rules: (1) its content cannot be regarded as a mere declarative statement, but restricts the applicability of domestic rules regarded as contrary to the ALP; (2) it cannot be used as a basis for adjustments on related parties’ profits; (3) it is not an indispensable provision for domestic transfer pricing rules to be applied in a DTC context. To put it in other words, should art.9.1 not exist, domestic transfer pricing rules remain applicable; (4) art.9.1 do not restrict each and every adjustment on profits based on domestic law, but only assess cases within its scope of application as defined in the wording of the provision. Every time the DTC do not impose limits, domestic law enforcement remains unaltered;

(5) art.9.1 do not discriminate sources of income. Thus, it is not a suitable provision for qualification purposes; (6) art.9.1 restricts transactional adjustments that are not based on the ALP (97-111).

13. Adjustments on profits of controlled parties must always be based on domestic transfer pricing rules. Transactional adjustments may be impacted by the design of specific domestic transfer pricing regulations. There are different methods to frame how transactional adjustments should be conducted: (1) explicit authorization by law and development of parameters also posed in law (e.g. Australia); (2) authorization by law and development of parameters in administrative regulations (e.g. Canada); (3) authorization by administrative regulations (e.g. the US); (4) authorization by law without parameters on how the transactional adjustment should be conducted (Spain, 2015 CITL); (5) absence of an explicit authorization to conduct transactional adjustments (Spain, pre-2015 CITL) (111-121).
14. In every jurisdiction in which transfer pricing rules are drafted following the ALP, transactional adjustments may be conducted unless the existence of an explicit refusal. To put it in other words, transactional adjustments are inherent to the ALP, and thus conclusions drawn in this thesis may be used in each Country that base its transfer pricing rules on this standard (120-121).
15. Soft law reports regarding the ALP interpretation -e.g. the TPG or BEPS drafts on actions 8 to 10- should be considered as excellent references for Countries to implement uniform transfer pricing regulations. Also, these kinds of texts are outstanding interpretative documents, as their high quality and elaborated technique help to define the content of such a broad standard, as the ALP is. Notwithstanding, to place these documents on a privileged level vis-à-vis other non-binding sources of interpretation implies *de facto* to raise their status to be put in the same footing as binding rules, an outcome that has to be regarded as erroneous because at least two reasons: the coherence of soft law with its own nature and the logical process of the interpretation of binding rules. Besides, the arm's length mandate is not exhausted by guidance contained in these soft law documents (121-132).

IV. The facts assessment stage as prior to the analysis of the scope of transactional adjustments.

- 16.** The determination of the facts is the first step towards an adequate comparability analysis, by which profit adjustments will be calculated. At this stage of the process, the transaction as structured by related parties must be always respected and should never be subject to transactional adjustments. Otherwise, severe distortions could negatively impact a proper transfer pricing rules' enforcement process. Moreover, should tax administrations or courts have the power to modify facts in the fact-finding stage of analysis, this will amount to arbitrariness. To put it in other words, tax administration should discover the relevant facts for a rule to be properly applied and not modify them, unless a rule authorizes to do so in a latter stage (136-138).
- 17.** Within the framework of the comparability analysis, the assessment of the fact-finding stage as a step prior to the consideration of whether transactional adjustments may be applied, is relevant for at least to reasons. First, the importance of the distinction between transactional adjustments and standards concerning the correct application of rules, i.e. sham, anti-abuse measures and requalification measures, to avoid possible incertitude in the scope of each one. Second, the need to properly distinguish transactional adjustments made in the fact-finding stage of analysis and those made according to criteria to be followed in latter stages, because the formers will be contrary to the ALP and the latters will not (138-139).
- 18.** It is appropriate to analyze contracts and related documentation as a starting point to ascertain how responsibilities, risks and results are distributed. Once examined, it is important to ascertain whether parties' behavior corresponds to the terms laid down in relevant documents or whether they did otherwise, in order to unmistakably establish the conditions of the transaction as effectively structured between related parties. A thorough comprehensive analysis should be conducted in that regard in order to consider all relevant circumstances and not only the terms of the transaction itself (139-142).
- 19.** Regarding the relationship between contracts and the conduct of the parties, different scenarios may be distinguished, according to the degree of fidelity the

documentation has over real facts, namely: (1) that contracts and conduct are completely aligned; (2) that a total absence of documentation impedes a proper analysis. In certain cases, the identification of a commercial or financial relation may be difficult to determine. According to the OECD, it is necessary to ascertain whether the activity of a controlled entity entails value creation in favor of the other part of the transaction; (3) that contracts obviate certain relevant aspects of the transaction undertaken by related parties. In this case, a twofold consideration may be drawn. On the one hand, the conduct of the parties may serve as basis to fulfill that vacuum. On the other hand, it will be relevant to examine private law regulations and case law to ascertain the distribution of rights and obligations that corresponds to each party in the framework of a given transaction; (4) that the conduct of the parties goes against the terms of the contract. Two scenarios may be distinguished in that regard. First, the difference does not entail a different qualification of the transaction at hand. Second, the qualification of the transaction varies, and so does the elements to be taken into account when searching for potential comparables (143-156).

20. The OECD proposes criteria leading to adjustments on facts within the fact assessment stage, an approach that inexorably has to be labeled as an implicit transactional adjustment contrary to the ALP. This endeavor may be explained because at this phase of the analysis, the alteration of facts that did actually occur is much easier, as the notions of exceptionality and proportionality inherent to transactional adjustments based on the ALP do not play any role (156-161).

V. The needed distinction between transactional adjustments and qualification rules.

21. The qualification -or requalification- phase do not conflict neither with transfer pricing rules based on the ALP nor with transactional adjustments. Likewise, the transactional adjustments do not imply by itself a requalification process, since the adjustment of the controlled transactions' conditions will have an impact only within the comparability analysis framework, which may end in a primary valuation adjustment. Usually, the confusion between transactional adjustments and requalification rules -such as anti-abuse ones- occurs because the consequence

derived from applying the former may be the same as the latter, e.g. when thin cap rules are applied (161-163).

22. Also, requalification rules and transactional adjustments have a different scope. Indeed, a series of transactions that could be regarded as abusive, e.g. a step transactions scheme, may perfectly respect the ALP in each stage. In that scenario, transactional adjustments shall not be allowed (163-166).
23. The lack of consistency in the delineation of the determination of facts stage and the one referred to the analysis of whether transactional adjustments are applicable, gives rise to several additional issues that may be avoided by establishing solid boundaries between them. An example of this confusion that may be mentioned is the use of the expression “economic substance” in dissimilar contexts and with different meanings (166-173).

VI. The scope of transactional adjustments: A unified approach proposal based on the comparability analysis.

24. The twofold definition the OECD proposes on the scope of transactional adjustments has to be regarded as mistaken (176-187).
25. The first circumstance in which the OECD considers that an adjustment on the conditions of a controlled transaction would be legitimate and appropriate occurs when the substance of the transaction differs from its form. Guidance posed in the TPG on that parameter mixes the determination of facts, the legal relevance of the transactions occurred and the economic consequences that arise from them. Normally this assertion is used in the field of anti-abuse doctrines, but its usual meaning cannot be employed in the ALP framework. In this context, the parameter has to be regarded as cover transactions in which a comparability analysis cannot be conducted. It is also relevant to note that unlike the anti-abuse prong of the “substance over form” criterion, a separate assessment of a set of connected transactions is possible within the ALP, to check whether each transaction complies with this parameter (176-182).

26. The second circumstance arises where the arrangements made in relation to the transaction, viewed in their whole, differ from those arrangements which would have been adopted by independent enterprises behaving in a commercially rational manner, and the actual structure practically impedes the tax administration from determining an appropriate transfer price. If compared with the first circumstance, one may reach the conclusion that the scope of both criteria coincide, namely, that the need to resort to transactional adjustments only arises if a proper comparability analysis cannot be conducted (183-187).
27. Moreover, the consequence derived from both circumstances is the same, i.e. to determine what independent parties would have done by posing alternatives to the controlled transaction. Hence, it is illogical to maintain a double prong structure to define the scope of transactional adjustments (187-187).
28. The approach this thesis proposes departs from a single circumstance model based on the need to demonstrate that a proper comparability analysis cannot be completed and that independent parties would not have agreed to change the compensation element, being the only solution a change on the conditions of the transaction. Any trace of a subjective analysis should be abandoned in favor of objective parameters in order to preserve certainty and soundness with respect to the ALP (187-211).
29. Should a comparability analysis be properly conducted, transactional adjustments must not play a role at all. Indeed, adjustment on conditions in that scenario should be regarded as contrary to a minimum level of legal certainty and also as not in line with the ALP. *A contrario sensu*, in a scenario where a comparability analysis cannot be completed, transactional adjustments are the only path to reach the consequence provided by the ALP. Otherwise, it would become impossible to enforce the consequence transfer pricing rules based on the ALP impose (188-191).
30. Once the significance of rendering a proper comparability analysis has been raised, it is of the utmost importance to establish the boundaries of what should be considered as comparable, i.e. the comparability subject matter (191-200).

31. Comparability adjustments (also known as reasonably accurate adjustments) are a great tool to increase reliability of the comparability analysis. These adjustments take into account the features of the controlled transaction to mold those of the comparable transaction, being the final result a more suitable comparable to be contrasted with the transaction undertaken between related parties. If comparability adjustments are enough to solve a given case, transactional adjustments should not be applied (193-199).
32. Also, in the absence of comparable transactions, the Profit Split Method (PSM) may be regarded as suitable in certain specific cases in which the applicability of this method leads to reliable results (199-200).
33. As the exceptionality criterion must be always taken into account, should other means to avoid the use of transactional adjustments exist, these means must be preferable to be implemented rather than the modifications of controlled transactions features. In this sense, unconventional techniques may be suitable in certain scenarios, i.e. the so-called hypothetical arm's length test. Within the proposal contained in this thesis, three criteria have been combined to reach sound results, i.e. the reasonable business person standard, the determination of a plausible range of prices within the bargaining process and the determination of a proper arm's length compensation in cases in which the position of the parties is unbalanced (200-211).
34. If there are no comparable transactions; comparability adjustments cannot be made; and the applicability of an hypothetical arm's length test is not suitable, then the only option to comply with the consequence provided by transfer pricing rules based on the ALP is the application of transactional adjustments, i.e. the proposal of alternatives to the transaction as structured by related parties (188-211).

VII. Transactional adjustments consequences: A proposal to define suitable alternatives to the controlled transaction.

35. The TPG barely establish criteria to ascertain how an alternative transaction should be built once determined that a transactional adjustment is applicable. Mentioned

benchmarks are the “realistically available option” and the “clearly more attractive” ones. Both are useless to determine the elements of the controlled transaction that should be modified. On the one hand, the controlled transaction will not be always a “realistically available option”, because otherwise a transactional adjustment would not be necessary, and thus a suitable alternative to it will invariably meet this criterion. On the other hand, any proposed alternative will always be “clearly more attractive”, simply because at this stage of the analysis, the controlled transaction will never be a more attractive option to an independent party. Moreover, it will not be an option at all (211-213).

36. An objective model to fulfill the vacuum of criteria regarding how to build an alternative transaction has been proposed in this thesis. The controlled transaction will be useful as a point of reference to ascertain the minimum adjustments to be made in order for the transaction to be suitable for a comparability analysis to be satisfied. Hence, the controlled transactions’ features are relevant not only to determine whether a transactional adjustment is needed but also to build a proper alternative (213-214).

37. As an exceptional measure, performance of adjustments on conditions have to be strictly necessary to properly reflect what independent parties would have done, i.e. a less harmfulness criterion must be observed. The adjustment should be focused only in those alleged non-arm’s length transaction features, being the rest of the elements not subject to changes. Once determined which elements are to be modified, a range of plausible solutions may still exist. To choose the preferable one, the alternative that reports more returns to the taxpayer is the one that should prevail (214-228).

VIII. A qualified burden of the proof as an essential element in the framework of transactional adjustments.

38. Within the framework of transfer pricing rules based on the ALP, tax administrations and taxpayers should have the chance to prove the lawfulness of their positions without unnecessary restrictions on the means used. *Prima facie*, if the party who bears the burden of the proof demonstrates that he has correctly

applied the comparability analysis, the other party should display a similar effort to prove that the counterpart is wrong in his assumptions. The value of each argument should ultimately depend on the quality of the reasoning on which it is based (228-231).

39. That said, the exceptionality of transactional adjustments play a relevant role in this context, because a qualified burden of the proof should be born by the party who alleges the pertinence of modifying a controlled transaction structure. The mere difficulty of finding suitable comparables should not be enough to recourse to the adjustment of conditions (231-234).
40. Although normally the tax administration will be the party willing to apply transactional adjustments, and thus the party who should prove the aforesaid, it will be convenient for the taxpayer to prove that a proper comparability analysis may be conducted without the need to resort to far-reaching measures. This will decrease the risk of transactional adjustments to be applied (234-235).

IX. The testing of the model proposal in transfer pricing conflicting scenarios.

41. The built of a model proposal would be meaningless without proving its impact on specific issues impacting specific problems that practitioners, tax administrations and courts have to regularly face. This is the reason why, although many examples were mentioned during the description of the state of affairs on the subject matter and the proposal for improvement, the last part of this thesis applies the proposed model to specific scenarios in which transactional adjustments may play a relevant role, namely distribution of risks, attribution of profits generated by intangible assets, the assessment of hard-to-value intangibles and business restructurings (238-239).

Attribution of risks.

42. The TPGs suggest two alternative criteria regarding risk distribution amongst related parties: the control over risk test and the financial capacity to assume the risk

tests. The implementation of these criteria may give rise to transactional adjustments in those cases in which the taxpayer has attributed risks otherwise (240-242).

43. On the one hand, the control over risk criterion bases its existence on the assessment of who takes relevant decisions on its management and prevention. The fragmented analysis the OECD proposes gives rise to further concerns on the question of how the party who bears a risk should compensate other entities that carry on functions related to risk management and mitigation. In fact, most cases in which risk control poses problems may be resolved through the modification of compensation agreed by related parties managing the mentioned functions. If transactional adjustments are conducted in this scenario, they must be regarded as contrary to the ALP (242-247).

44. A criterion the TPG obviates but has been regarded as the most efficient and rational according to literature in economics consists in the attribution of risks to the party with better chances to diversify it to accomplish a reduction of the deviation or variance of it, thus reducing costs related to its assumption (247-247).

45. On the other hand, the TPG suggest the analysis on the financial capacity to assume the risk by the party who bears it. Moreover, if a party cannot assume the consequences of the materialization of a risk, it is *de facto* not assuming it. Hence, this criterion is useful at the stage of the determination of facts stage (247-248).

Attribution of intangible related returns.

46. The most relevant issue concerning intangibles in transfer pricing is the one referred to the attribution of benefits derived from this assets to its legal owner and to parties performing development, enhancement, maintenance, protection and exploitation (DEMPE) functions. The OECD adopted two different approaches in that regard (248-251).

47. The first one regards the attribution of the intangible itself as an asset that generates returns to its owner. For that sake, an economic ownership approach was adopted in

the 2012 report on the subject matter but was abandoned thereafter. This proposal has to be regarded as contrary to the ALP (251-256).

48. The second one admits legal ownership as a point of departure, but determines that the legal owner has to compensate each party performing DEMPE functions. The OECD states that if the owner only performed finance functions (cash box entity) or just holds the title of the asset, the entity should retain only a finance risk-related return or a compensation for holding the title itself, but not the extra profits generated by the intangible, which would be distributed among the entities carrying out DEMPE functions. In this sense, the OECD is giving prevalence to a predetermined profit split method, thereby breaking the case-by-case assessment approach that is inherent to transfer pricing rules based on the ALP. In this regard, if a taxpayer is able to prove that comparable uncontrolled entities may have agreed to reach other solutions, e.g. a cost plus compensation, this option should not be displaced by a preset option proposed in a soft law document. The OECD proposed methodology is not in line with the essential content of the ALP. Otherwise, an implicit transactional adjustment would take place (256-263).

Hard-to-Value Intangibles.

49. The selling of intangible assets may pose issues as regards their *ex ante* valuation, especially because comparables are difficult to find and because of the difficulty as to predict the returns it will generate along their useful life. Also, the asymmetry of information that exists between the taxpayer and the tax administration plays a relevant role in this regard (263-264).
50. A technique to deal with this uncertainty would be to conduct *ex post* adjustments that reflect the ability of the intangible to generate profits, based on information known after the sale of the asset. In this sense, the US and Germany have introduced rules permitting this to happen, albeit their compatibility with the ALP is more than doubtful (264-273).
51. The OECD considers that the interpretation of the ALP leads to the conclusion that in certain scenarios *ex post* adjustments may be suitable. In this regard, a reverse of

the burden of the proof is proposed for the taxpayer to be the one to prove that he could not predict a change in the ability of the intangible to generate returns. In accordance with the proposal contained in this thesis on the burden of the proof in the context of transactional adjustments, the OECD approach in this issue must also be regarded as contrary to the ALP (273-278).

- 52.** The adjustment of controlled transactions conditions will only be in accordance with the ALP if the tax administration proves not only the inexistence of comparable uncontrolled transactions, but also that independent parties would have acted in a different manner than controlled parties have. Also, the adjustment should normally be referred to the valuation of the intangible and not a disregard of the sale, as this last solution would be disproportionate vis-à-vis an adjustment of the compensation paid to the transferor (278-279).

Business Restructurings.

- 53.** In the framework of business restructurings, the key factor under consideration should be the compensation perceived by the transferor when transferring functions, risks and/or assets to a related entity. Both parties must remain satisfied with the outcome, compared with their position before the transaction. Almost every conflict can be solved by modifying the agreed compensation in order to reach an optimal point in which both parties would agree to the terms of the transaction. By adopting this solution, transactional adjustments would not be necessary in this context. To that effect, profit expectations based on the circumstances of the parties is a relevant indicator to reach a range of plausible outcomes (279-291).

Cost Sharing Agreements.

- 54.** Cost Sharing Agreements are quite a controversial tax planning instrument in the international tax arena, but issues derived from this assertion are not related with transactional adjustments. Yet, it is important to remark that, as per business restructurings, transactional adjustments should not be allowed unless the tax administration is able to prove that the agreement would not have taken part between independent parties and that a solution based on the modification of

compensation or balanced payments is not possible. Thus, guidance on the subject matter provided by the OECD is not fully in line with the arm's length principle (291-295).

BIBLIOGRAFÍA.

1. Libros, capítulos en libros.

AARNIO, A.; ATIENZA, M.; LAPORTA, F.J. (2010) *Bases teóricas de la interpretación jurídica* (Madrid: Fundación Coloquio Jurídico Europeo).

ADAMS, C.; GRAHAM, P. (1999) *Transfer Pricing: a UK Perspective* (Londres: Butterworths).

AGULLÓ AGÜERO, A. (1998) “Operaciones vinculadas” /en/ YEBRA MARTUL-ORTEGA, P.; GARCÍA NOVOA, C.; LÓPEZ DÍAZ, A. (coords.) *Estudios sobre el impuesto de sociedades* (Granada: Comares, p.167-185).

ALEXY, R. (2007) *Teoría de los derechos fundamentales. Traducción y estudio introductorio de Carlos Bernal Pulido* (Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales).

ANDRUS, J. (2007) “United States report” /en/ *Transfer Pricing and Intangibles* (IFA Cahiers de droit fiscal international).

ANGUITA MORERA, A. (2012) *Comercio internacional y los precios de transferencia internacionales* (Madrid: Marcial Pons).

ARANA LANDÍN, S. (2001) *El tratamiento tributario de las operaciones vinculadas internacionalmente* (Bilbao: Universidad del País Vasco, Servicio Editorial)

BAEZ, A. (2009) *Los negocios fiduciarios en la imposición sobre la renta* (Cizur Menor: Aranzadi).

BAISTROCCHI, E. (2012) “The Transfer Pricing Problem” /en/ BAISTROCCHI, E.; ROXAN, I. *Resolving Transfer Pricing Disputes. A global analysis* (Cambridge: Cambridge University Press, p.10-23).

BAKER, P. (2011) *Double Taxation Conventions: a Manual on the OECD Model Tax Convention on Income and on Capital* (looseleaf) (London: Sweet & Maxwell).

BAKKER, A. (2015) “Transfer Pricing from the Perspective of Substance and Transparency: is the OECD on the Right Track?” /en/ COTRUT, M. (et al.) *International Tax Structures in the BEPS era: an Analysis of Anti-abuse Measures* (Amsterdam, IBFD, p.69-102).

BLESSING, P. H. (2010) “Divergence of Third Party Pricing from Arm's Length Results” /en/ BAKER, P.; BOBBETT, C. *Tax Polymath: a Life in International Taxation: Essays in Honour of John F. Avery Jones* (Amsterdam: IBFD, p.153-186).

BOCHICCHIO, G. (2009) “Legal versus economic approach to risks in transfer pricing. An analysis of the notion of control over risk” (Leiden: ITC Leiden).

BOOS, M. (2003) *International Transfer Pricing: the Valuation of Intangible Assets* (La Haya: Kluwer Law International).

- BRAUNER, Y. (2012) "Formula Based Transfer Pricing" /en/ BRAUNER, Y.; MCMAHON, M.J. *The Proper Tax Base. Structural Fairness from an International and Comparative Perspective – Essays in Honor of Paul McDaniel* (Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International, p.149-176).
- BREALEY, R.; MYERS, S.; ALLEN, F. (2010) *Principios de finanzas corporativas* (Madrid: McGraw Hill).
- BULLEN, A. (2011) *Arm's Length Transaction Structures. Recognizing and restructuring controlled transactions in transfer pricing* (Amsterdam: IBFD).
- CALDERÓN, A.; QUIÑONES, T. "Reestructuras de negocios" /en/ HASHIMOTO, Y. (coord.) *Temas selectos de precios de transferencia* (México D.F.: Editorial Themis, p.57-82).
- CALDERÓN CARRERO, J. M. (1997) *La doble imposición internacional en los Convenios de Doble Imposición y en la Unión Europea* (Pamplona: Aranzadi).
- CALDERÓN CARRERO, J. M.; MARTÍN JIMÉNEZ, A. (2012) *Los precios de transferencia en la encrucijada del siglo XXI* (Oleiros: Netbiblo).
- CALDERÓN CARRERO, J. M.; MARTÍN JIMÉNEZ, A. (2014) "Spain: Distribution agreements between independent parties, royalties and use of secret comparables to fix the royalty" /en/ Kemmeren, E.C.C.M; PISTONE, P. (eds.) *Tax Treaty Case Law Around the Globe* (Amsterdam y Viena: IBFD y Linde, p. 171-190).
- CENCERRADO MILLÁN, E. (2000) *El tratamiento de las entidades vinculadas en la imposición directa española* (Pamplona: Aranzadi).
- CHIP, W.W. (2004) "Organization for Economic Cooperation and Development Guidelines" /en/ FEINSCHREIBER, R. *Transfer Pricing Methods. An applications Guide* (Hoboken: Wiley & Sons).
- COLE, R.T. (2014) *Practical Guide to US Transfer Pricing* (Dayton: LexisNexis).
- COMBARROS VILLANUEVA, V.E. (1988) *Régimen tributario de las operaciones entre sociedades vinculadas en el impuesto sobre sociedades* (Madrid: Tecnos).
- COOPER, G. (2013) "Australia: Transfer Pricing" /en/ KEMMEREN, E. (ed.) *Tax Treaty Case Law Around the Globe 2012* (Viena: Linde, p.115-124).
- COTTANI, G. (2014) *Transfer Pricing* (IBFD database, última revisión a 1 de diciembre de 2014).
- DE BROE, L. (2008) *International Tax Planning and Prevention of Abuse* (Amsterdam: IBFD).
- DOUMA, S.C.W. (2011) *Optimization of tax sovereignty and free movement* (Amsterdam: IBFD).
- DWARKASING, R. (2011) *Associated Enterprises. A Concept Essential for the Application of the Arm's Length Principle and Transfer Pricing* (Nijmegen: Dwarkasing & Partners).

- EDEN, L. (1998) *Taxing Multinationals: Transfer Pricing and Corporate Income Taxation in North America* (Toronto: University of Toronto Press).
- ENGELN, F.A. (2004) *Interpretation of Tax Treaties under International Law* (Amsterdam: IBFD).
- ERASMUS-KOEN, M. (2009) "Art.9 of the OECD Model Convention" /en/ BAKKER, A. (ed.) *Transfer Pricing and Business Restructurings* (Amsterdam: IBFD, p.99-143).
- ESTEVE PARDO, M.L. (1996) *Fiscalidad de las operaciones entre sociedades vinculadas y distribuciones encubiertas de beneficios* (Valencia: Tirant lo Blanch).
- FEINSCHREIBER, R.; KENT, M. (2012) *Transfer Pricing Handbook. Guidance for the OECD Regulations* (Hoboken: Wiley & Sons).
- GAMMIE, M. (2003) "Arm's Length or Formulary Apportionment? A European Union Perspective" /en/ ARNOLD, B.; SASSEVILLE, J.; ZOLT, E. *The Taxation of Business Profits Under Tax Treaties* (Toronto: Canadian Tax Foundation, p.201-243).
- GARCÍA-HERRERA BLANCO, C. (2001) *Precios de transferencia y otras operaciones vinculadas en el Impuesto sobre Sociedades* (Madrid: Instituto de Estudios Fiscales).
- GARCÍA PRATS, F.A. (2005a) "Artículo 9. Empresas Asociadas" /en/ RUIZ GARCÍA, J.R.; CALDERÓN CARRERO, J.M. (eds.) *Comentarios a los convenios para evitar la doble imposición y prevenir la evasión fiscal concluidos por España* (A Coruña: Fundación Pedro Barrié de la Maza, p.537-572).
- GARCÍA PRATS, F.A. (2010a) "Tributación de las rentas empresariales: rentas asociadas en los convenios de doble imposición" /en/ SERRANO ANTÓN, F. (dir.) *Fiscalidad internacional. Volumen 1*. (Madrid: Centro de Estudios Financieros, p.493-546).
- GARCÍA PRATS, F.A. (2010b) "Las operaciones vinculadas y los precios de transferencia: la aplicación del principio de libre competencia. Valoración a valor de mercado" /en/ CORDÓN EZQUERRO, T. (dir.) *Fiscalidad de los precios de transferencia (operaciones vinculadas)* (Madrid: Centro de Estudios Financieros, p.15-70).
- GOGUEN, S.; STEWART, R. (2012) "Canadian Report" /en/ *Cross Border Business Restructurings* (IFA Cahiers de droit fiscal international, p.169-188).
- GREGORIO, R.M. (2011) *Preços de transferência. Arm's length e praticabilidade* (São Paulo: Quartier Latin).
- GRINBLATT, M.; TITMAN, S. (2003) *Mercados financieros y estrategia empresarial* (Madrid: McGraw-Hill Interamericana).
- GUSTAFSON, C.H.; PERONI, R.J.; PUGH, R.C. (2011) *Taxation of International Transactions. Materials, Texts and Problems. Fourth Edition*. (St. Paul: West Publishing)

- HAMAEKERS, H.M.A.L. (2002) "Arm's Length - How Long?" /en/ KIRCHHOF, P.; LEHNER, M.; VAN RAAD, K.; RAUPACH, A.; RODI, M. (eds.) *International and Comparative Taxation* (Londres: Kluwer Law International, p.29-52).
- HAMMER, R. et al. (1999) *International Transfer Pricing. OECD Guidelines* (Valhalla: Warren, Gorham & Lamont).
- HART, H. (1968) *El concepto de derecho* (Buenos Aires: Albeledo-Perrot).
- HART, H. (1994) "Una mirada inglesa a la teoría del derecho americana: la pesadilla y el noble sueño" /en/ MORESO, J.J.; POMPEU CASANOVAS (eds) *El ámbito de lo jurídico* (Barcelona: Crítica), p.327-350.
- HENSHALL, J. (2013a) *Global Transfer Pricing. Principles and Practice* (Haywards Heath: Bloomsbury).
- IBORRA, M.; DASÍ, A.; DOLZ, C.; FERRER, C. (2007) *Fundamentos de dirección de empresas conceptos y habilidades directivas* (Madrid: Thompson Paraninfo).
- KLEMENT, J.H. (2012) "Common Law Thinking in German Jurisprudence - On Alexy's Principles Theory" /en/ KLATT, M. (ed.) *Institutionalized Reason. The Jurisprudence of Robert Alexy* (Oxford: Oxford University Press, p.173 y ss).
- KOFLER, G. (2015) "Art.9 - Associated Enterprises" /en/ REIMER, E.; RUST, A. (eds.) *Vogel on Double Taxation Conventions. Volume I.* (Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International).
- KROPPE, H-K; EIGELSHOVEN, A. (2002) *Commentary on Transfer Pricing in Germany* (Amsterdam: IBFD).
- KROPPE, H-K; EIGELSHOVEN, A. (2014) *Germany. Transfer Pricing* (IBFD Database).
- KROPPE, H-K; SILVA, J.C. (2011) "General Report" /en/ *Cross Border Business Restructurings* (IFA Cahiers de droit fiscal international, p.17-58).
- LANG, M. (2010) *Introduction to the Law of Double Tax Conventions* (Viena: Linde).
- LAPORTA, F.J. (2007) *El imperio de la Ley* (Madrid: Trotta).
- LARENZ, K. (1994) *Metodología de la Ciencia del Derecho* (Barcelona: Ariel) .
- LEV, B. (2001) *Intangibles: Management, Measurement, and Reporting* (Washington DC: Brookings Institution Press)
- LEVEY, M. (2006) *U.S. Taxation of Foreign Controlled Businesses* (Valhalla: Warren, Gorham & Lamont).
- LEVEY, M.; WRAPPE, S. (2013) *Transfer Pricing: Rules, Compliance and Controversy* (Chicago: Wolters Kluwer CCH).
- LOWELL, C.H; BURGE, M.; BRIGER, P.L. (2000) *US International Transfer Pricing* (Valhalla: Warren, Gorham & Lamont)

- LOWELL, C.H.; MARTIN, M.R. (2010) *Transfer Pricing Strategies* (Valhalla: Thomson Reuters).
- MAISTO, G. (1992) "General Report" /en/ *Transfer Pricing in the Absence of Comparable Market Prices* (IFA Cahiers de droit fiscal international, p.19-75).
- MAISTO, G. (2011) "OECD Revision of Chapters I-III and IX of the Transfer Pricing Guidelines" /en/ WEBER, D.; VAN WEEGHEL, S. (eds.) *The 2010 OECD Updates - Model Tax Convention and Transfer Pricing Guidelines* (Aalpen aan den Rijn: Kluwer Law International, p.173-182).
- MÁLVAREZ PASCUAL; MARTÍN ZAMORA (1998) *El impuesto sobre sociedades. Régimen general* (Madrid: Centro de Estudios Financieros)
- MARÍN-BARNUEVO FABO, D. (1996) *Presunciones y técnicas presuntivas en Derecho tributario* (Aravaca: McGraw Hill)
- MARKHAM, M. (2005) *The Transfer Pricing of Intangibles* (La Haya: Kluwer Law International).
- MARTÍN JIMÉNEZ, A.; CALDERÓN CARRERO, J.M. (2009) "Presupuestos y limitaciones del ajuste valorativo del art.16 TRLIS" /en/ CARMONA FERNÁNDEZ, N. (dir.) *Fiscalidad de las operaciones vinculadas* (Valencia: CISS).
- MAYER, S. (2009) *Formulary Apportionment for the Internal Market* (Amsterdam: IBFD).
- MIYATAKE, T. (2007) "General Report" /en/ *Transfer Pricing and Intangibles* (IFA Cahiers de Droit Fiscal International).
- MORENO FENÁNDEZ, J.I. (1999) *La tributación de las operaciones vinculadas (Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, Impuesto sobre Sociedades e Impuesto sobre la Renta de no Residentes)* (Pamplona: Aranzadi).
- PAGAN, J.; WILKIE, J.S. (1993) *Transfer Pricing Strategy in a Global Economy* (Amsterdam: IBFD).
- PALACÍN SOTILLOS et al. (2013) "Operaciones vinculadas" /en/ SANFRUTOS GAMBÍN, E. (dir.) *Impuesto sobre sociedades. Régimen general, tomo II* (Cizur Menor: Aranzadi), p.15-312.
- PÉREZ RODILLA, G.; HUIDOBRO ARREBA, I. (2007) "Análisis de comparabilidad y la utilización de las bases de datos en la determinación de los precios de transferencia" /en/ CORDÓN EZQUERRO, T. (dir.) *Manual de Fiscalidad Internacional. Volumen II* (Madrid: Instituto de Estudios Fiscales, p.1147-1175).
- ROSENBERGER, F.; STÜRZLINGER, B. (2011) "Austrian Report" /en/ *Cross Border Business Restructurings* (IFA Cahiers de droit fiscal international, p.107-125).
- ROSS, A. (1977) *Sobre el derecho y la justicia* (Buenos Aires: Editorial Universitaria de Buenos Aires).

RUBIO CUADRADO, F. (2010) "Análisis de comparabilidad" /en/ CORDÓN EZQUERRO, T. (dir.) *Fiscalidad de los precios de transferencia (operaciones vinculadas)* (Madrid: Centro de Estudios Financieros, p.301-344).

RUIZ ALMENDRAL, V. (2013) "Tax Avoidance, the 'Balanced Allocation of Taxing Powers' and the Arm's Length Standard: an odd Threesome in Need of Clarification" /en/ RICHELLE, I.; SCHÖN, W.; TRAVERSA, E. (eds.) *Allocating taxing powers within the European Union* (Berlin: Springer, p.131-170).

RIEKE, S. *Verrechnungspreise im Spannungsfeld zwischen Konzernsteuerung und internationalem Steuerrecht* (Wiesbaden: Springer).

RUIZ ALMENDRAL, V.; ZORNOZA PEREZ, J. J. (2008) "La aplicación de las normas tributarias" /en/ AA.VV. *Estudios en homenaje al profesor Gregorio Peces-Barba*, vol.1 (Madrid: Dykinson, p.1189-1246).

RUSSO, A. (2011) "Chapters I and III of the 2010 OECD Guidelines: Capita Selecta" /en/ WEBER, D.; VAN WEEGHEL, S. (eds.) *The 2010 OECD Updates - Model Tax Convention and Transfer Pricing Guidelines* (Aalpen aan den Rijn: Kluwer Law International, p.161-173)

SCHÖN, W. (2012) "Transfer Pricing - Business Incentives, International Taxation and Corporate Law" /en/ KONRAD, K.; SCHÖN, W. (eds.) *Fundamentals of International Transfer Pricing in Law and Economics* (Heidelberg: Springer), p.47-70.

SCHOUERI, L.E. (1997) "Preços de transferência e acordos de bitributação" /en/ ROCHA, V. (coord.) *Tributos e preços de transferência* (São Paulo: Dialética, p.55-70).

SCHOUERI, L.E. (2006) *Preços de transferência no direito tributário brasileiro* (Sao Paulo: Dialética).

SCHOUERI, L.E. (2008) "Consideracoes sobre o principio arm's length e os secret comparables" /en/ SCHOUERI, L.E. (coord.) *Direito Tributário. Homenagem a Paulo de Barros Carvalho* (São Paulo: Quartier Latin, p.834-845).

SCHOUERI, L.E. (2009) "Margens predeterminadas, practicabilidade e capacidade contributiva" /en/ SCHOUERI, L.E. (coord.) *Tributos e preços de transferência. 3º volume*. (São Paulo: Dialética, p.119-130).

SCHOUERI, L.E. (2013) "O principio arm's length em um panorama internacional" /en/ SCHOUERI, L.E. (coord.) *Tributos e preços de transferência. 4º volume*. (São Paulo: Dialética, p.208-227).

SCHÖN, W. (2008) "Abuse of Rights and European Tax Law" /en/ AVERY JONES, J.; HARRIS, P.; OLIVER, D. (eds.) *Comparative Perspectives on Revenue Law* (Cambridge: Cambridge University Press, p.75-98)

SCOTT WILKIE, J. (2012) "Reflecting on the 'Arm's length principle': What is the 'principle'? Where's Next?" /en/ SCHÖN, W.; KONRAD, K. (eds.) *Fundamentals of International Transfer Pricing in Law and Economics* (Heidelberg: Springer, p.137-158).

SEIDMAN, J. (1938) *Seidman's Legislative History of Federal Income Tax Laws, 1938-1861* (New York: Prentice Hall).

SILBERZTEIN, C. (2009) “Chapter 3 – OECD Policy Framework” /en/ BAKKER, A. (ed.) *Transfer Pricing and Business Restructurings: Streamlining All the Way* (Amsterdam: IBFD, p.49-84).

SILBERZTEIN, C. (2011a) “The 2010 Update to the OECD Transfer Pricing Guidelines” /en/ WEBER, D.; VAN WEEGHEL, S. (eds.) *The 2010 OECD Updates - Model Tax Convention and Transfer Pricing Guidelines* (Aalpen aan den Rijn: Kluwer Law International, p.147-160).

SURREY, S.; TILLINGHAST, D. (1971) “General Report” /en/ *Criteria for the Allocation of Items of Income and Expense between Related Companies in Different States whether or not Parties to Tax Conventions* (IFA Cahiers de droit fiscal international).

TRAPÉ VILADOMAT, M. (2010) “Métodos de valoración” /en/ CORDÓN EZQUERRO, T. (dir.) *Fiscalidad de los precios de transferencia (operaciones vinculadas)* (Madrid: Centro de Estudios Financieros, p.345-366).

TRAPÉ VILADOMAT, M. (2014) “Empresas asociadas” /en/ CARMONA, N. (Coord.) *Convenios fiscales internacionales y fiscalidad de la Unión Europea* (Las Rozas: Wolters Kluwer España, p.274-340).

VAN RAAD, K. (2002) “Five fundamental rules in applying tax treaties” /en/ AA.VV. *Liber Amicorum Luc Hinnekens* (Bruselas: Bruylant, p.587-597).

VANN, R. (2003) “Reflections on Business Profits and the Arm's Length Principle” /en/ ARNOLD, B.; SASSEVILLE, J.; ZOLT, E.M. (eds.) *The taxation of business profits under tax treaties* (Toronto: Canadian Tax Foundation, p.133-169).

VOGEL, K. (1997) *Vogel On Double Tax Conventions* (Londres: Kluwer Law International).

VOGEL, K.; PROKISCH, R. (1993) “General Report” /en/ *Interpretation of Tax Treaties* (IFA Cahiers de Droit Fiscal International).

WITTENDORFF, J. (2010a) *Transfer Pricing and the Arm's Length Principle in International Tax Law* (Londres: Kluwer Law International).

ZIMMER, F. (2002) “General Report” /en/ *Form and Substance in Tax Law* (IFA Cahiers de Droit Fiscal International).

ZINN, T.; RIEDEL, N.; SPENGEL, C. (2014) “The increasing importance of transfer pricing regulations: a worldwide overview” (Intertax, vol.42, n.6&7, p. 352-404).

ZOLLO, T. (2011) “United States Report” /en/ *Cross Border Business Restructurings* (IFA Cahiers de droit fiscal international, p.757-778).

ZORNOZA PÉREZ, J. J. (2010) “La simulación en Derecho tributario” /en/ ARRIETA MARTÍNEZ DE PISÓN; COLLADO YURRITA; ZORNOZA PÉREZ (dirs.) *Tratado sobre la Ley General Tributaria. Tomo I.* (Cizur Menor: Aranzadi, p.553-579).

ZORNOZA PÉREZ, J. J.; BÁEZ MORENO, A. (2015) “La cláusula de EP frente al tratamiento de las reestructuraciones empresariales: los casos Roche y Dell” /en/

HASHIMOTO, Y. (coord.) *Temas selectos de precios de transferencia* (México D.F.: Editorial Themis, p.119-154).

2. Artículos en revistas y en bases de datos.

AARNIO, A. (1990) “La tesis de la única respuesta correcta y el principio regulativo del razonamiento jurídico” (Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho, vol.8, p.23-38).

ALBANO, A. (2015) “Unresolved Issues Surrounding Transfer Pricing Legislation. The Anti- Avoidance Purpose and Penalty Protection – Part 1” (International Transfer Pricing Journal, vol.22, n.1, p.43-45).

ALONSO GONZÁLEZ, L.M. (2007) “Operaciones vinculadas, elusión y fraude fiscal” (CEF Revista de Contabilidad y Tributación, n.295, p.69-92).

ANDERSON, S.; ZHOU, B.; GHAYAD, R.; CRAGG, M. (2016) “The Interaction of Managerial and Tax Transfer Pricing” (Tax Management Transfer Pricing Report, vol.24, n. 17, 6 p.)

ANDRESEN, H.M.; PEARSON-WOODD, N.; JØRGENSEN, H-M. (2010) “ConocoPhillips Case: Implications in Norway and Beyond” (International Transfer Pricing Journal, vol.17, n.6, p.461-466).

ANDRESEN, U.; KERENYI, D. (2013) “Arm’s Length Nature of a Transfer Price as the Decisive Criterion for Compliance with the Arm’s Length Principle (Not Only) in Treaty Cases” (International Transfer Pricing Journal, n.3, p.182-187).

ANDRESEN, U. (2015) “Comments on Professor Schoueri’s Lecture ‘Arm’s Length: Beyond the Guidelines of the OECD’” (Bulletin for International Taxation, vol.69, n.12, p.717-721)

ANDRUS, J.; BENNET, M.; SILBERZTEIN, C. (2011) "The Arm's-Length Principle and Developing Economies" (Tax Management Transfer Pricing Report, vol.20, n.12, p.495-503)

ARNOLD, B.J. (2010) The Interpretation of Tax Treaties: Myth and Reality (Bulletin - Tax Treaty Monitor, vol.64, n.1, p.2-15).

ARNOLD, B.J.; MCDONELL, T.E. (1993) "Report on the Invitational Conference on Transfer Pricing: The Allocation of Income and Expenses Among Countries" (Tax Notes International, vol.7, n.24, p.1507-1519).

ARSHAD, A. (2012) "Net Present Value is better than Internal Rate of Return" (Interdisciplinary journal of contemporary research in business, <http://journal-archieves26.webs.com/211-219.pdf>, último acceso a 15 de marzo de 2016).

ASHLEY, S. (2013) "The BEPS Action Plan and its Impact on Global Transfer Pricing principles" (International tax review, vol.24, n.7, p.16-18)

- ATKINSON, M.; MORRIS, E. (2009) "Report from the OECD Consultation on Business Restructuring" (Tax Planning International Transfer Pricing, vol.10, n.10, p. 9-14).
- ATKINSON, M.; COOMBES, R. (2009) "DSG Retail Limited & others v HMRC" (Tax Planning International Transfer Pricing, vol.10, n.5, p. 14-16).
- AULT, H. (1994) "The role of the OECD Commentaries in the Interpretation of Tax Treaties" (Intertax, vol.4, p.144-148).
- AVERY JONES, J. (2003) "Conflicts of qualification. Comment on Prof. Vogel and Alexander Rust articles" (Bulletin for International Fiscal Documentation, vol.57, n.5, p.184-186).
- AVERY JONES, J. et al. (2006) "The Origins of Concepts and Expressions Used in the OECD Model and their Adoption by States" (Bulletin for International Taxation, n.6, p.220-254).
- AVERYANOVA, V.; SAMPAT, J. (2015) "Transfer Pricing Aspects of Intra-Group Financial Guarantees in Light of the BEPS Action Plan" (International Transfer Pricing Journal, n.6, p.361-368).
- AVI-YONAH, R. (1995) "The Rise and Fall of Arm's Length: A Study in the Evolution of U.S. International Taxation" (Virginia Tax Review, vol.15, n.1 p.89-159).
- AVI-YONAH, R. (1996) "The Structure of International Taxation: A Proposal for Simplification" (Texas Law Review, vol.74, p.1301-1359).
- AVI-YONAH, R. (2009) "Xilinx and the Arm's-Length Standard" (Tax Notes International, vol.54, n.10, p.859-865).
- AVI-YONAH, R.; BENSHALOM, I. (2011) "Formulary Apportionment – Myths and Prospects: Promoting Better International Tax Policies by Utilizing the Misunderstood and Under-Theorized Formulary Alternative" (World Tax Journal, vol.3, p.371-398).
- AVI-YONAH, R.; CLAUSING, K.; DURST, M. (2009) "Allocating Business Profits for Tax Purposes. A Proposal to Adopt a Formulary Profit Split" (Florida Tax Review, vol.9, n.5, p.497-553).
- BÁEZ, A. (2016) "GAARs and Treaties. From the Guiding principle to the Principal Purpose Test. What have we gained from BEPS Action 6?" (<http://ssrn.com/abstract=2722459>, último acceso a 15 de marzo de 2016).
- BAISTROCCHI, E. (2005) "The Transfer Pricing Problem. A Global Proposal for Simplification" (Tax Lawyer, vol.59, n.4, p.941-979).
- BAKER & MCKENZIE (2009) "Issues Note No. 4: Recognition of the Actual Transactions Undertaken" (Intertax, vol.37, n.2, p.138-146).
- BAKER, R.; BAKER, D. (1957) "The Pricing of Goods in International Transactions between Controlled Taxpayers" (The Tax Executive, vol.10, p.235).

- BAKKER, A.; COTTANI, G. (2008) "Transfer Pricing and Business Restructuring: the Choice of Hercules Before the Tax Authorities" (International Transfer Pricing Journal, vol.15, n.6, p.272-282).
- BAKKER, A.; COTTANI, G. (2009) "Fourth Issues Note: Sting in the Tail" (International Transfer Pricing Journal, vol.16, n.2, p.81-93).
- BARRY, A.; HENSHALL, J. (2015) "The OECD's Approach to Risk Under the BEPS Project: Unfortunate—or Uncertain?" (Transfer Pricing Report, vol.24, p.287 et seq.).
- BECK, K. (2008) "Business Restructuring in Germany" (Tax Notes International, vol.51, n.3, p. 271-283).
- BECKER, H. (1987) "West-Germany: The Arm's Length Principle and the 'Reasonable Businessman'" (Tax Planning International Review, vol.14, p.8-17).
- BECKER, J. (2015) "The Relation of Article 9 Paragraph 1 German Double Taxation Treaties to Domestic Tax Law and the Consequences for Current Value Depreciation under Section 1 Paragraph 1: Foreign Tax Act" (Intertax, vol.43, n.10, p.589-594).
- BECKER, J.; DAVIES, R. (2015) "A Negotiation-Based Model of Tax-Induced Transfer Pricing" (CESifo Working Paper n.4892, <http://ssrn.com/abstract=2479813>, último acceso a 15 de marzo de 2016).
- BEETON, D.; CARTER, H. (2009) "The DSG case. A Turning Point in Transfer Pricing Economics" (Tax Planning International Review, vol.36, n.7, p.19-22).
- BELL, K. (2007) "Germany's Commensurate-With-Income Law Seen as Breaching Arm's-length Standard, Violating EU law" (Tax Management Transfer Pricing Report, vol.16, n.14, 543-545).
- BELL, K. (2008a) Practitioners Say OECD Restructuring Discussion Draft would Inject Tax Collectors' "Business Judgement" into Audit (Tax Management Transfer Pricing Report, vol.17, n.10, p.399-402).
- BELL, K. (2008b) "Canadian, UK Tax Official Embrace OECD Draft on Restructurings" (Tax Management Transfer Pricing Report, vol.17, p.460).
- BELL, K. (2009a) "OECD to Focus Revisions of Business Restructurings Draft on Exceptional Non-Recognition Circumstances, Official Says" (Tax Management Transfer Pricing Report, vol.17, n.20, p.759-761).
- BELL, K. (2009b) "OECD Delegates Debate how to Price Business Restructurings, Taxpayer Representatives Bemoan Non-Recognition Proposal" (Tax Management Transfer Pricing Report, vol.18, n.4, p.159-168).
- BELL, K. (2009c) "Changes to Restructuring Examples Debated During OECD Consultation" (Tax Management Transfer Pricing Report, vol.18, n.5, p.228-230).
- BELL, K. (2010) "Recognition Rarely should be Denied, final OECD Guidelines on Restructurings Say" (Tax Management Transfer Pricing Report, vol.19, n.7, p.358-361).

BENSHALOM, I. (2008) "Taxing the Financial Income of Multinational Enterprises by Employing a Hybrid Formulary and Arm's Length Allocation Method" (Virginia Tax Review, vol.28, p.619-671).

BENSHALOM, I. (2013) "Rethinking the Source of the Arm's Length Transfer Pricing Problem" (Virginia Tax Review, vol.32, p.425-460).

BERNSTEIN, J. (1999) "Transfer Pricing in Canada" (Bulletin for International Fiscal Documentation, vol.53, n.12, p.570-581).

BERRY C.H.; BRADFORD, D.F.; HINES, J.R. (1992) "Arm's Length Pricing. Some Economic Perspectives" (Tax Notes, 10 de febrero, p.731-740).

BETTEN, R.; ROTONDARO, C. (1998) "The Concept of an Arm's Length Range" (International Transfer Pricing Journal, vol.5, n.4, p.174-179).

BHATNAGAR, V. (2015) "India Articulates Its View on Marketing Intangibles" (International Transfer Pricing Journal, vol.22, n.4, p.250-255).

BIEGALSKI, A. (2010) "The Arm's Length Principle: Fiscalism or Economic Realism: a Few Reflections" (Intertax, vol.38, n.3, p.177-186).

BIRCH, R.J. (1991) "High Profit Intangibles after the White Paper and Bausch and Lomb. Is the Treasury Using Opaque Lenses?" (University of Miami Business Law Journal, vol.2, p.105-129).

BIZIOLI, G. (2014) "Considerazioni critiche in merito all' orientamento giurisprudenziale in tema di transfer pricing" (Rivista della Guardia de Finanza, n.3, p.691-711).

BJERKE, J.M.; SØGAARD, S.S. (2015) "Norway - Use of Secret Comparables Condoned by Norwegian Supreme Court" (International Transfer Pricing Journal, vol.22, n.5, p.329-334).

BLACKBURN, K. (2002) "An Arm's Length Struggle: To Include or Not to Include Stock options in Cost Sharing Arrangements and Non-Integral Service Agreements" (Kentucky Law Journal, vol.91, p.425-455).

BLOOM, B. (2012) "Canada: Paragraph 247(2)(b) Demystified" (<http://www.mondaq.com/canada/x/39744/Transfer+Pricing/Paragraph+2472b+Demystified>, último acceso a 15 de marzo de 2016).

BOIDMAN, N. (2011) "Pricing Canada-U.S. Guarantees After GE Capital: Still Evolving" (Tax Management Transfer Pricing Report, vol.19, n.19, p.1042-1051).

BONNEY, S.J.; SHERWOOD, S.G. (1989) "White Paper Proposals for Intercompany Intangible Transfers" (International tax journal, vol.15, n.2, p.91-105).

BORSTELL, T. (2013) "OECD Proposals for Revised Guidance on Transfer Pricing of Intangibles" (Transfer Pricing International Journal, vol.14, n.3, p. 14-17).

BOURTOURNAULT, P-Y.; BENARD, M. (2011) "French Tax Aspects of Cross-Border Restructurings" (Bulletin for International Taxation, vol.65, n.4/5, p. 179-187).

BOWEN, D.; CARDEN, N. (2006) "Transfer Pricing and Economic Substance Implications of the U.S. Tax Court's Decision in Claymont Investments Inc." (Tax Management Transfer Pricing Report, vol.15, n.1, p. 35-42).

BRAUNER, Y. (2003) "An International Tax Regime in Crystallization" (Tax Law Review, vol.56, p.259-328).

BRAUNER, Y. (2008) "Value in the Eye of the Beholder. The Valuation of Intangibles for Transfer Pricing Purposes" (Virginia Tax Review, vol.28, p.79-164).

BRAUNER, Y. (2010) "Cost Sharing and the Acrobatics of Arm's Length Taxation" (Intertax vol.38, n.11, p.554-567).

BRAUNER, Y. (2014a) "BEPS: an interim evaluation" (World tax journal, vol.6, n.1, p.10-39).

BRAUNER, Y. (2014b) "What the BEPS?" (Florida Tax Review, vol.16, n.2, p.55-115).

BRAUNER, Y. (2015) "Transfer Pricing in BEPS. First Round — Business Interests Win (But, Not in Knock-Out)" (Intertax, vol.43, n.1, p. 72-84).

BREM, M.; TUCHA, T. (2005) "The Organisation of the Multinational Firm. Perspectives on Global Transfer Pricing" (Tax Planning International Transfer Pricing, vol.12, p.6-10).

BULLEN, A.; GERTEN, A.; STÜRZLINGER, B. (2009) "A Report on the OECD Discussion Draft on Business Restructurings" (Tax Notes International, vol. 53, n.11, p.997-1014).

BURKE, J. (2011) "Re-Thinking First Principles of Transfer Pricing Rules" (Virginia Tax Review, vol.30, p.613-629).

BUTLER, M. (2008) "Casenote – Swiss Pharma Company Subject to Transfer Pricing Adjustment" (Asia-Pacific tax bulletin, vol.14, n.3, p.198-202).

BUTLER, M.; WHITE, L. (2014) "Australian Taxation Office Issues Significant Guidance on new Transfer Pricing Rules" (International Transfer Pricing Journal, vol.21, n.5, p. 315-324).

BUTLER, M.; PENGELLY (2012) "Government Introduces Legislation to Amend Transfer Pricing Rules" (International Transfer Pricing Journal, vol.19, n.5, p. 319-324).

CALDERON CARRERO, J.M. (2007) "The OECD Transfer Pricing Guidelines as a Source of Tax Law: is Globalization Reaching the Tax Law?" (Intertax, vol.35, n.1, p.4-29).

CALDERON CARRERO, J.M. (2009) "Precios de Transferencia y Reestructuraciones Empresariales: el Informe OCDE 2008" (CEF Revista de Contabilidad y Tributación, núm.310, p.51-84).

CALDERON CARRERO, J.M.; MARTÍN JIMÉNEZ, A. (2009) "Operaciones vinculadas: el ajuste secundario" (CEF Revista de contabilidad y tributación, n.316, p.37-64).

CALDERON CARRERO, J.M.; RUIZ ALMENDRAL, V. (2010) "La codificación de la 'doctrina de la sustancia económica' en EE.UU. como nuevo modelo de norma general anti-abuso: la tendencia hacia el 'sustancialismo'" (Quincena Fiscal Aranzadi, n.15, p.37-75)

CAUWENBERGH, P. (1997) "Does the Arm's Length Standard Require a Flexible or Rigid Interpretation?" (International Transfer Pricing Journal, vol.4, n.3, p.137-144).

CAUWENBERGH, P.; LUCAS MAS, M. (2008) "The New German Transfer Pricing Rules on Cross-Border Relocation of Functions: A Preliminary Analysis" (European taxation, Vol.48, n.10, p.514-526).

CHAMBERLAIN, D.G.; TURLEY, C. (2015) "BEPS Guidance on Permanent Establishments and Transfer Pricing. Breaking Down the Walls" (Tax management transfer pricing (special) report, vol.23, n.25, p.S3-S19).

CHAND, V.; WAGH, S. (2014) "The Profit Split Method. Status Quo and Outlook in Light of the BEPS Action Plan" (International Transfer Pricing Journal, vol.21, n.6, p. 402-408).

CHANDLER, C. et al. (2012) "Proposed OECD Chapter VI on Intangibles: a Comparison with Chapter IX on Restructuring" (Tax Management Transfer Pricing Report, vol.21, n.15, p.789-794).

CHEN, X. (2009) "Risk Analysis: a Potential Risk" (Tax Management Transfer Pricing Report, vol.18, n.8, p.492-493).

CHEN, X. (2013) "Behavioural Game Split: the Arm's Length Principle and Highly Integrated Enterprises" (International Transfer Pricing Journal, vol.20, n.5, p. 339-344).

CHOE, C.; HYDE, C.E. (2004) "Multinational Transfer Pricing, Tax Arbitrage, and the Arm's Length Principle" (<http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.600881>, último acceso a 15 de marzo de 2016).

CHOI, S.S. (1998) "Comparative Analysis of Transfer Pricing Systems in the United States and South Korea" (Loyola of Los Angeles International and Comparative Law Journal, vol.20, p.803-836).

CHORVAT, E. (2003) "Forcing Multinationals to Play Fair. Proposals for a Rigorous Transfer Pricing Theory" (Alabama Law Review, vol.54, n.4, p.1251-1280).

CLARK, R.G. (1993) "Transfer Pricing, Section 482 and International Tax Conflict. Getting Harmonized Income Allocation Measures from Multinational Cacophony" (The American University Law Review, vol.42, p.1155-1212).

COASE, R. (1937) "The nature of the Firm" (Economica, vol.4, n.16, 386-405).

COMBARROS VILLANUEVA, V.E. (1984) "La interpretación económica como criterio de interpretación jurídica (Algunas reflexiones a propósito del concepto de "propiedad económica" en el Impuesto sobre Patrimonio)" (Civitas. Revista española de Derecho financiero, n.44, p.485-536).

COOLS, M. (1999) "International Commercial Databases for Transfer Pricing Studies" (International Transfer Pricing Journal, vol.6, n.5, p.167-182).

- COPE, C.W. (2006) "Limitation on transfer price adjustments under the commensurate with income standard" (Journal of Taxation, p.112-117).
- COSÍN OCHAÍTA, R. (2008) "La nueva normativa sobre precios de transferencia" (Carta Tributaria. Monografías. Primera quincena de enero)
- COTTANI, G. (2009) "OECD Discussion Draft on Transfer Pricing Aspects of Business Restructurings: Summary of Business Comments and Issues for Discussion" (International Transfer Pricing Journal, n.8/9, p.231-238).
- CRASSWELLER, O. (2008) "OECD Discussion Draft on TP Aspects of Business Restructurings" (Tax Planning International Transfer Pricing, vol.9, n.11, p.21-24).
- DAHLMAN, C. J. (1979) "The Problem of Externality" (Journal of Law and Economics, vol.21, n.2, p.141-162).
- DALI-ALI, C.; LANGLOIS, S. (2008) "OECD Discussion Draft on Business Restructurings. Is the OECD on the Right Track to Achieving its Objectives?" (Tax Management Transfer Pricing Report, vol.17, n.13, p.543-547).
- DAMSMA, B.; JIE-A-JOEN, C.; MEIJER, T. (2012) "When is a Loan Considered Non-Arm's-Length? Ground-Breaking Dutch Supreme Court Case" (Tax Management Transfer Pricing Report, vol.20, n.18, p.856-860).
- DAU, P.; DONELLY, R. (2003) "Globalization of Intangibles-Based Businesses: Tax Aspects" (Stanford Journal of Law, Business and Finance, vol.9, p.1-36).
- DE LANGE, M.A.; LANKHORST, P.W.H.; HAFKENSCHIED, R. (2015) "(Non-)Recognition of Transactions between Associated Enterprises. on Behaving in a Commercially Rational Manner, Decision-Making Traps and BEPS" (International Transfer Pricing Journal, vol.22, n.2, p. 85-94).
- DEVEREUX, M.; KEUSCHNIGG, C. (2009) "The Distorting Arm's length Principle" (Oxford University Center for Business Taxation, WP 09/10, http://www.sbs.ox.ac.uk/sites/default/files/Business_Taxation/Docs/Publications/Working_Papers/Series_09/WP0910.pdf, último acceso a 15 de marzo de 2016).
- DI LIBERO, S. (2009) "Comparability in Transfer Pricing: the Elusive Mirror Image" (Tax Notes International, vol.54, n.4, p.293-296).
- DIJKMAN, J.; SPORKEN, E. (2015) "The OECD, Hard-to-Value Intangibles and the 2013 Dutch Transfer Pricing Decree" (Tax Management Transfer Pricing Report, vol.24, n.6, 6 p.).
- DITZ, X.; SCHNEIDER, M. (2014) "Federal Tax Court Ruling on Relationship between Article 9(1) of the OECD Model Convention and National Income Adjustment Provision" (International Transfer Pricing Journal, n.3, p.188-192).
- DUNAHOO, C. (2012) "Initial Thoughts on the OECD Discussion Draft on Special Considerations for Intangibles" (Tax management international journal, vol.41, n.11, p.595-610).
- DURST, M. (2011) "The Two Worlds of Transfer Pricing Policymaking (Tax Notes International, vol.61, n.6, p. 439-442).

DURST, M. (2012a) "The OECDs Discussion Draft on Transfer Pricing for Intangibles" (Tax Notes International, vol.67, n.5, p.447-451).

DURST, M. (2012b) "Transfer Pricing and Double Tax: Rethinking Conventional Wisdom" (Tax Notes International, vol.68, n.7, p.551-556).

DURST, M. (2012c) "'Risk' and the OECD Discussion Drafts on Transfer Pricing" (Tax Notes International, vol. 68, no.3, p.959-962).

DURST, M. (2015) "Developing Country Taxation, Part VI. The Importance Of Measuring the Effects of Transfer Pricing Reform" (Tax Management Transfer Pricing Report, vol.24, n.3, p. 168-171).

DWARKASING, R. (2013) "The concept of Associated Enterprises" (Intertax, vol.41, n.8&9, p.412-429).

DYKES, I.; CYPHER, Y. (2010) "Business Restructuring in Europe. Where are we Now?" (Journal of International Taxation, vol.21, n.12, p.52-54).

EBERING, A. (2011) "Wann sind Preisanpassungsklauseln bei Funktionsverlagerungen i.S. von Par. 1 Abs. 3 Satz 9 AStG fremdüblich?" (Internationales Steuerrecht, vol.20, n.11, p.418-422).

EDEN, L. (2015) "The arm's length standard. Making it work in a 21st century world of multinationals and nations States" (<http://ssrn.com/abstract=2568266>, último acceso a 15 de marzo de 2016).

EIGELSHOVEN, A.; NIENTIMP, A. (2003) "German Court Ruling Focuses on Transfer Pricing Formalities" (Tax Notes International, vol.31, p.667-670).

ELLIOT, A. (2008) "Coordination Key to Restructurings Project, OECD Official Says" (Tax Notes, october 27, p.388-389).

ELLIS, M.J. (2006) "The Role of the Commentaries on the OECD Model in the Tax Treaty Interpretation Process - Response to David Ward" (Bulletin - Tax Treaty Monitor, vol.60, n.3, p.103-104).

ENGELN, F. (2006) "Some Observations on the Legal Status of the Commentaries on the OECD Model" (Bulletin for International Taxation, vol.60, n.3, p.105-109).

ESAKOVA, N. (2015) "German Business Restructuring Rules Examined in Light of Recent OECD BEPS Work" (Tax Management Transfer Pricing Report, vol.24, n.1, p.46-50).

FALCÓN Y TELLA, R. (1998) "El régimen de operaciones vinculadas: análisis del art.16 de la Ley 43/95 y de su desarrollo reglamentario" (Impuestos, II, p.535 et seq.)

FEINSCHREIBER, R; KENT, M. (2011) "Challenging the OECD's Arm's Length Principle" (Journal for International Taxation, vol.22, n.6, p.36-43 y 62).

FEINSCHREIBER, R; KENT, M. (2012) "United States. Transfer Pricing" (IBFD Database).

FERRER VIDAL, D. (2015) "Las operaciones vinculadas: el ajuste secundario" (Cizur Menor: Aranzadi).

FLEMING, C.; PERONI, R.; SHAY, S. (2014) "Formulary apportionment in the US International income tax system. Putting lipstick on a pig?" (Michigan Journal of International Law, vol.36, p.1-57).

FORST, D.L. (2013) "The Arm's-length Standard: it's the Law" (Tax Notes International, vol.72, n.7, p.645-655).

FORST, D.L. et al. (2007) "IRS Opines on Application of Section 482 Regulations, Including 'Commensurate with Income' Standard" (Journal of Taxation, vol.106, n.6, p.375-376).

FRANCESCUCCI, D (2004) "The Arm's Length Principle and Group Dynamics - Part 1. The Conceptual Shortcomings". (International Transfer Pricing Journal, vol. 11, n. 2, p.55-75).

FRANCESCUCCI, D.; TEPE, D. (2006) "Canada Revenue Agency Updates Guidelines on Referrals to Transfer Pricing Review Committee" (International Transfer Pricing Journal, vol.13, n.6, p.310-314).

FRANCESCUCCI, D; LAROCHELLE, S. (2014) "McKesson Canada: is the Canadian Statutory Transfer Pricing Adjustment 'Formula' in Need of an Adjustment?" (International Transfer Pricing Journal, vol.21, n.4, p.241-246).

FRIS, P. (2003) "Dealing with Arm's Length and Comparability in the Years 2000" (International Transfer Pricing Journal, vol.10, n.6, p.194-203).

FRIS, P.; GONNET, S. (2006) "ReAL Transfer Pricing. A New Paradigm for Transfer Pricing in Europe?" (Tax Planning International Transfer Pricing, vol.7, n.6, p. 3-7).

FRIS, P.; GONNET, S. (2010) "The State of the Art in Comparability for Transfer Pricing" (International Transfer Pricing Journal, vol.17, n.2, p.99-106).

FULLER, J. (1963) "Business Purpose, Sham Transactions and the Relation of Private Law to the Law of Taxation" (Tulane Law Review, vol.37, p.355-398).

FULLER, J. (2012) "U.S. Tax Review" (Tax Notes International, vol.67, n.6, p.571-581).

GARBARINO, C.; D'AVOSSA, M. (2015) "The OECD Intangibles Project and the Concept of 'Intangible Related Return'" (European taxation, vol.55, n.1, p.12-18).

GARCÍA PRATS, F.A. (2005b) "Los precios de transferencia: su tratamiento tributario desde una perspectiva europea" (Crónica Tributaria n.117, p.33-82).

GARCÍA PRATS, F.A. (2009) "Los modelos de convenio, sus principios rectores y su influencia sobre los convenios de doble imposición" (Crónica Tributaria, n.133, p.101-123).

GARLOCK, D. (2002) "Is There Any Substance to the Sham Transaction Doctrine?" (Tax Management Memorandum, vol.43, n.5, p.83-95).

GLAIZE, A. et al. (2013) "Intangibles: Practical Considerations in Response to the Recent OECD Guidance" (Tax Planning International Review, vol.40, n.5, p.12-13).

- GOMMERS, E.; REYNEVELD, J.; LUND, H. (2008) "Pan-European Comparables Searches: Enhancing Comparability Using Comparability Adjustments" (International Transfer Pricing Journal, vol.15, n.3, p.126-135).
- GONNET, S.; STARKOV, V.; MAITRA, M. (2013) "Comparability Adjustments in the Absence of Suitable Local Comparables in Emerging and Developing Economies" (Transfer Pricing International Journal, vol.14, n.7, p. 4-7).
- GONZAGA, L. (2014) "The Interface Between the New Australian Transfer Pricing Regime and the OECD BEPS Report and Action Plan" (Bulletin for International Taxation, vol. 68, n.8, p.435-444).
- GRANFIELD, M.E. (1993) "An Economic Analysis of the Documentation of Financial Implications of the New Section 482 Regulations" (Tax Notes International, vol.7, n.2, p.97-123).
- GRANWELL, A.; FLIGNOR, P. (2008) "A Summary of the OECD Draft on the Transfer Pricing Aspects of Business Restructurings" (Tax Notes International, vol.52, n.7, p.549-554).
- HAMAEKERS, H.M.A.L. (1992) "The Arm's Length Principle and the Role of Comparables" (Bulletin for International Fiscal Documentation, vol.46, n.12, p. 602-605).
- HAMAEKERS, H.M.A.L. (1997) "Can the Free Negotiation of Prices Within a Multinational Enterprise Serve as an Arm's Length Transfer Pricing Method?" (International Transfer Pricing Journal, vol.4, n.1, p.2-4).
- HAMAEKERS, H.M.A.L. (1998) "Transfer Pricing and the Arm's Length Principle: History, Present Situation, Future" (Skatterett, vol.16, p.286-305).
- HAMAEKERS, H.M.A.L. (2005) "Introductory Speech - Income Allocation in the 21st Century: the End of Transfer Pricing?" (International Transfer Pricing Journal, vol.12, n.3, p.95-98).
- HARET, F. (2010) "Presunciones y precios de transferencia. Estudio sobre la constitucionalidad de los metodos de precio de transferencia establecidos en los arts.18 a 24 de la ley 9430/96 de Brasil" (Crónica Tributaria, n.136, p.127-136).
- HARITON, D. (1999) "Sorting out the Tangle of Economic Substance" (Tax Lawyer, vol. 52, n.2, p.235-273).
- HELLERSTEIN, W. (2005) "The Case for Formulary Apportionment" (International Transfer Pricing Journal, vol.12, n.3, p.103-111).
- HENSHALL, J. (2013b) "Difficult Questions around 'Recharacterisation'" (Transfer Pricing International Journal, vol.14, n.8, p. 10-11).
- HENSHALL, J. et al. (2014) "OECD Release on Intangibles. Many Issues Unanswered" (Transfer Pricing International Journal, vol.15, n.10, 5 p.).
- HENSHALL, J.; BARRY, A. (2011) "He who Calls the Tune Should Pay the Piper...The Importance of Relative Bargaining Position in Determining UK Transfer Prices" (Transfer Pricing International Journal, vol.12, n.6, p.13-14).

- HENSHALL, J.; LOBB, A. (2015) "Hard-to-Value Intangibles and the Challenge of Valuing Uncertainty" (Tax Management Transfer Pricing Report, vol.24, n.6, 332-335).
- HENSHALL, J.; SMITH, G. (2012) "OECD's Draft Chapter VI 'Special Considerations for Intangibles'" (Transfer Pricing International Journal, vol.13, n.6, p. 4-10).
- HERKSEN, M. VAN; JIE-A-JOEN, C.; WALLART, M. (2009) "Business Restructurings: the Latest Tax Trap?" (Tax Planning International Transfer Pricing, vol.10, n.3, p. 22-27).
- HERRINGTON, M.; LOWELL, C. (2014) "The BEPS Project: Planning in Anticipation" (International Transfer Pricing Journal, vol.21, n.3, p.158-163).
- HICKMAN, A (et al.) (2011) "2010 Revision of the OECD Guidelines: is my Business Restructuring going to Lead to an Indemnification Payment or Exit Charge?" (Transfer Pricing International Journal, vol.12, n.4, p.25-29).
- HIGINBOTHAM, H. (1998) "When Arm's Length isn't Really Arm's Length. Issues in Application of the Arm's Length Standard" (Intertax, vol.26, n.8-9, p.235-244).
- HIGINBOTHAM, H. et al. (1987) "Effective Application of the Section 482 Transfer Pricing Regulations" (Tax Law Review, vol.42, p.293-380).
- HINNEKENS, L. (1999) "Interpretation of the General Anti Avoidance Statute" (European Taxation, n.9, p.338).
- HOKE, W. (2015) "Norway. Supreme Court Approves Use of 'Secret Comparables'" (Tax Notes International, vol.78, n.4, p.353-354).
- HOOR, O. (2015) "Luxembourg Reshapes Its Transfer Pricing Landscape" (European taxation, vol.55, n.4, p.131-142).
- HORNER, F. (1996) "International Cooperation and Understanding: What's New About The OECD's Transfer Pricing Guidelines" (University of Miami Law Review, vol.50, p.577-595).
- HOUSEMAN, N.; BOHRA, P. (2014) "BEPS in Australia. Focus on financial services" (Transfer Pricing International Journal, vol.15, n.3, p.31-33).
- ILARRAZ, M. (2014) "Drawing upon an Alternative Model for the Brazilian Transfer Pricing Experience: The OECD's Arm's Length Standard, Pre-fixed Profit Margins or a Third Way?" (British Tax Review, n.2, p.218-235).
- IYER, V.; NAYAK, R. (2014) "Vodafone/ Applicability of Transfer Pricing Provisions to Issue of Shares to Associated Enterprises" (Transfer Pricing International Journal, vol.15, n.12, 3 p.).
- JAIN, P.; CHAND, V. (2015) "Location Savings. International and Indian Perspective" (Intertax, vol.43, n.2, p.192-198).
- JAMES, L. et al. (2011) "Australia. Review of Transfer Pricing Rules" (Transfer Pricing International Journal, vol.12, n.12, p.23-25).

JARCYK, D.R.; COZZO, J. (2013) "Intangibles Alert. The OECD Discussion Draft Got it Wrong on Comparables" (Transfer Pricing International Journal, vol.14, n.11, p. 21-24).

JELLUM, L.D. (2014) "Codifying and Miscodifying Judicial Anti-Abuse Tax Doctrines" (Virginia Tax Review, vol.33, p.579-628).

JIE-A-JOEN, C.; GEEVERS, J. (2008) "Dutch Court Ruling Addresses Deductibility of Licence Payments in Roundtrip Transactions Case" (Tax Planning International Transfer Pricing, vol.9, n.5, p.3-9).

JIE-A-JOEN, C.; LIERENS; MOERER, O. (2009) "Controlling Risks from a Transfer Pricing Perspective" (Tax Planning International Transfer Pricing, vol.10, n.12, p.4-16).

JIE-A-JOEN, C.; MOERER, O. (2010) "A Note on Options Realistically Available" (Tax Management Transfer Pricing Report, vol.19, n.4, p.224-233).

JONES RODRÍGUEZ, L. (2007) "Precios de transferencia y reestructuración de grupos multinacionales" (Crónica Tributaria, n.141, p.129-147).

JOSEPH, A. (2007) "Transfer Pricing Comparability: Perspectives of OECD, Australia and United States" (International Transfer Pricing Journal, vol.14, n.2, p.89-99).

JOSEPH, A. (2009) "Roche Products Case: Increasing Role of Transfer Pricing" (International Transfer Pricing Journal, n.4, p.279-282).

JOSEPH, A. (2015) "Guidance Regarding Reconstruction of Cross-Border Transactions by the Commissioner" (International Transfer Pricing Journal, vol.22, n.2, p.107-109)

KALRA, V.; DADHWAL, K. (2015) "Intra-Group Share Issuance: Out of the Realm of Transfer Pricing" (Asia-Pacific tax bulletin, vol.21, n.3, 5 p.).

KAMPHUIS, E. (2009) "Proposed OECD Risk Allocation Examination Process and its Implications for Transfer Pricing Design" (Tax Management Transfer Pricing Report, vol.18, n.2, p. 92-101).

KAMPHUIS, E.; ZHANG, X. (2009) "Game Theory, BATNA Insightful when Analyzing Options Realistically Available in Business Restructurings" (Tax Management Transfer Pricing Report, vol.18, n.13, p.758-762).

KANE, M. (2014) "Transfer Pricing, Integration and Synergy Intangibles: A Consensus Approach to the Arm's Length Standard" (World Tax Journal, vol.6, n.3, p.282-314).

KAUDER, L.M. (1974) "International Allocations of Income: Problems of Administration and Compliance" (Journal of International Law and Economics, vol.9, p.1-48).

KESSLER, M. (2008) "OECD Draft on Reorganizations Not Aimed At Abusive Transactions, OECD Official Says" (Tax Management Transfer Pricing Report, vol.17, p.518).

KOBETSKY, M. (2008) "Transfer Pricing Measures and Emerging Developing Economies" (Asia-Pacific tax bulletin, vol.14, n.5, p. 363-377).

- KOFLER, G. (2013) "The BEPS Action Plan and Transfer Pricing: The Arm's Length Standard Under Pressure?" (British Tax Review, n.5, p.646-665).
- KOH, E.; BERNSTEIN, J. (2014) "CRA Wins on Transfer Pricing in Marzen Aluminum" (Tax Notes International, vol.75, n.12, p.1031-1035).
- KOOMEN, M. (2015a) "Transfer Pricing in a BEPS Era. Rethinking the Arm's Length Principle – Part I" (International Transfer Pricing Journal, vol.22, n.3, p.141-152).
- KOOMEN, M. (2015b) "Transfer Pricing in a BEPS Era: Rethinking the Arm's Length Principle – Part II" (International Transfer Pricing Journal, vol.22, n.3, p.141-152).
- KOTAK, R.; JAIN, A.; PARIKH, J. (2014) "Navigating Key Issues in Indian Transfer Pricing" (Tax Notes International, vol.75, n.11, p. 957-963).
- KREVER, R. (2009) "ATO Issues Statement on Treaty Right to Independent Taxing Power" (Tax Notes International, vol.53, p.573-574).
- KROPPE, H-K; EIGELSHOVEN, A. (2001) "Landmark Federal Tax Court Decision. No Transfer Pricing Documentation Requirements under Tax Law" (International Transfer Pricing Journal, n.6, p.226-229).
- KROPPE, H-K; RASCH, S. (2004) "Interpretation of the ALP under art.9. Does the ALP cover formal requirements?" (International Transfer Pricing Journal, n.1, p.26-29).
- KRUPSKY, K. (2009) "OECD Discussion Draft on Transfer Pricing Aspects of Business Restructurings. When may the taxpayer's transaction not be recognized?" (Tax Management International Journal, p.36-38).
- LAGARDEN, M. (2014) "Intangibles in a Transfer Pricing Context: where does the Road Lead?" (International Transfer Pricing Journal, vol.21, n.5, p.331-346).
- LAGOS RODRÍGUEZ, G. (2015) "La fiscalidad de las operaciones vinculadas en el nuevo Impuesto de Sociedades" (Quincena Fiscal, n.18, acceso desde base de datos *Westlaw*, ref. BIB 2015\13430)
- LAMONT, H. (1975) "Multinational Enterprise, Transfer Pricing and the 482 Mess" (Columbia Journal of Transnational Law, vol.14, p.383-433).
- LANGBEIN, S.I. (1986) "The Unitary Method and the Myth of Arm's Length" (Tax Notes, vol.30, n.7, p. 625-681).
- LANGBEIN, S.I. (1989) "Transaction Cost, Production Cost and Tax Transfer Pricing" (Tax Notes, n.12, p.1391-1413).
- LASHBROOKE, E.C. (1989) "IRC §482 Commensurate with Income Standard for Transfers of Intangibles" (DePaul Business Law Journal, n.1, p.173-191).
- LAUREL MARTIN, P. (1992) "Section 482 and the Nonrecognition Provisions: Resolving the Conflict" (Northwestern University Law Review, vol.77 n.5, p.670).
- LEBOWITZ, B. (1999) "Transfer Pricing and the End of International Taxation" (Tax Notes International, vol.19, n.13, p.1201-1209).

- LIAUGMINAITE, G. (2010) "Recognition of the Actual Transactions Undertaken" (International Transfer Pricing Journal, vol.17, n.2, p. 107-137).
- LINDSAY, P.; POON, C. (2014) "Transfer Pricing in Canada: Maturing Jurisprudence will Guide the Next Wave of Disputes" (Transfer Pricing International Journal, vol.15, n.7, 6 p.).
- LOSTUMBO, N.; DECKER, R.; DADZIE, R.; DUST, A. (2015) "Profit Splits Post-BEPS: Quantifying an MNE's Intangibles" (Tax Notes International, vol.80, n.8, p.707-714).
- LUCAS MAS, M.; COTTANI, G. (2010) "OECD Proposed Revision of Chapters I-III of the OECD Transfer Pricing Guidelines. Business Comments on Selected Issues" (International Transfer Pricing Journal, vol.17, n.4, p.239-248)
- MAHALINGHAM, S. et al. (2013) "OECD Discussion Drafts – Part 3 Intangibles" (Transfer Pricing International Journal, vol.14, n.2, p.19-20).
- MARRES, O.C.R. "Interest Deduction Limitations: When To Apply Articles 9 and 24(4) of the OECD Model" (European taxation, vol.56, n.1, p.2-14).
- MARTENS, J.; DELEON, F. (2012) "France: Recent Case Law" (Transfer Pricing International Journal, vol.13, n.5, p.4-8)
- MARTIN JIMENEZ, A. (2010) "Beneficial Ownership: current trends" (World Tax Journal, vol.2, n.1, p. 35-63).
- MARTÍNEZ MICÓ, J.G. (2014) "Cambio de modelo de negocio utilizado por multinacionales para operar en España. Fabricación de bienes en régimen de maquila mediante establecimiento permanente y su distribución a través de la figura del agente dependiente: el Caso Roche" (Quincena Fiscal, n.6, p.45-66).
- MCDOUGALL, S.; HICKMAN, A.; PANTELIDAKI, S. (2010) "Transfer Pricing and Comparables: Searching for a Needle in a Haystack" (Transfer Pricing International Journal, vol.11, n.4, p.4-7).
- MCMAHON, JR. (2010) "Living with (and Dying by) the Codified Economic Substance Doctrine" (University of Florida Levin College of Law Research Paper No. 2010-13, <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.1623822>, último acceso a 15 de marzo de 2016).
- MENDOZA, A. (2014) "A Look at Re-characterisation" (Transfer Pricing International Journal, vol.15, n.4, 4 p.).
- MENTZ, R.; CARLISLE, L. (1997) "The Tax Ownership of Intangibles under the Arm's-Length Principle" (Tax Notes, vol.77, n.4, p.453-462).
- MENYASZ, P. (2009) "CRA, GE Capital Canada Debate Deductions for Guarantee Fees Paid to US Parent in 1996-2000" (Tax Management Transfer Pricing Report, vol.18, p.383-386).
- MICHIELSE, G. (1997) "Treaty Aspects of Thin Capitalization" (Bulletin for International Fiscal Documentation, vol.51, n.12, p.565-573).

MIK, B.; RUSSO, A. (2009) "The Arm's Length Principle: Tax and Accounting Perspectives" (Tax Planning International Transfer Pricing, vol.10, n.9, p.4-15).

MILEWSKA, M.; AMAYA, E. (2015) "Transfer Pricing Implications of Second-brand Strategies in the Pharmaceutical Industry in Light of the OECD Report on Action 8 of the BEPS Action Plan" (International Transfer Pricing Journal, vol.22, n.1, p. 46-51).

MITRA, R.K. (2015) "Marketing Intangibles - Life after the Delhi High Court's Ruling in Sony Ericsson" (Transfer Pricing International Journal, vol.16, n.6, 5 p.).

MONSENEGO, J. (2014) "The Substance Requirement in the OECD Transfer Pricing Guidelines: What is the Substance of the Substance Requirement?" (International Transfer Pricing Journal, vol.21, n.1, p. 9-23).

MONSENEGO, J.; CABRITA, R. (2012) "France: The Nestlé case – A First (and certainly not last) Incursion in the Business Restructuring Arena by the French Tax Authorities" (Transfer Pricing International Journal, vol.13, n.9, p.10-13).

MOORE, K. (1989) "The Sham Transaction Doctrine. An Outmoded and Unnecessary Approach to Combating Tax Avoidance" (Florida Law Review, vol.41, n.4, p.659-719).

MORGAN, R.W. (2015) "Examining the OECD Discussion Draft on Profit Splits under Economic and Arm's-Length Principles" (Tax Management Transfer Pricing Report, vol 24, n.2, p. 108-111).

MORSE, S.C. (2013) "The Transfer Pricing Regs. Need a Good Edit" (Pepperdine Law Review, vol.40, p.1415-1439).

MÖSSNER, J.M. (2010) "Klaus Vogel Lecture 2009 – Comments" (Bulletin - Tax Treaty Monitor, vol.64, n.1, p.16-19).

MUSSELLI, A.; FUSARO (2013) "Profit Shifting and Certainty on Allocation of Intangibles" (Transfer Pricing International Journal, vol.14, n.4, p. 22-32).

MUSSELLI, A.; MUSSELLI, A. (2006) "Observations on OECD Discussion Draft on Business Restructuring: is the Notion of Control over Risk at Arm's Length?" (International Transfer Pricing Journal, vol.16, n.4, p.239-243)

MUYAA, E. (2014) "Transfer Pricing Comparability Adjustments: the Pursuit of "Exact" Comparables" (International Transfer Pricing Journal, vol.21, n.5, p.347-355).

NAUMANN, M.; TOBIN, J.; TUERFF, T.; WOOD, G.; FRANK, M. (2009) "Session 8. Transfer Pricing— Treatment of Intangibles and Business Restructuring" (Taxes – The Tax Magazine, p.95-108).

NEIGHBOUR, J.; OWENS, J. (2002) "Transfer Pricing in the New Millenium. Will the Arm's Length Survive?" (George Mason Law Review, vol.10, p.951-958).

O'BRIEN, J.; OATES, M. (2007) "Puerto Rico Transfer Pricing Emerges... Again... as an Emerging Issue" (International Tax Journal, vol.33, p.17-32).

OESTREICHER, A. (2011) "Valuation Issues in Transfer Pricing of Intangibles: Comments on the Scoping of an OECD Project" (Intertax, vol.39, n.3, p.126-131).

OOSTERHOFF, D. (2010) "Proposed Revision of OECD Transfer Pricing Guidelines: The Importance of Facts and Circumstances" (International Transfer Pricing Journal, vol.17, n.1, p.3-11).

OOSTERHOFF, D.; WINGERTER, B. (2011) "The New OECD Guidelines: the Good, the Bad and the Ugly" (International Transfer Pricing Journal, vol.18, n.2, p.103-113).

OWENS, J. (2005) "Should the Arm's Length Principle Retire?" (International Transfer Pricing Journal, vol.12, n.3, p. 99-102).

OWENS, J. (2009) "Transfer Pricing and Treaties in a Changing World" (Tax Notes International, vol.57, n.6, p. 519-521).

PALAO TABOADA, C. (1994) "La subcapitalización y los convenios de doble imposición" (Estudios financieros. Revista de contabilidad y tributación: Comentarios, casos prácticos, n.137-138, p.77-94).

PELLEFIGUE, J. (2015) "Transfer Pricing Economics for the Digital Economy" (International Transfer Pricing Journal, vol.22, n.2, p. 95-100).

PENTTILA, S.; NIEMINEN, M. (2015) "Contemporary Transfer Pricing Case Law of the Finnish Supreme Administrative Court" (European Taxation, vol.55, n.7, p.303-314).

PÉREZ ROYO, F. (1986) "Sobre los ajustes fiscales por operaciones vinculadas" (Crónica Tributaria, n.56, p.267-275).

PICHHADZE, A. (2015a) "Exposing Unaddressed Issues in the OECD's BEPS Project. What About the Roles and Implications of Contract Interpretation Law and Private International Law in the Transfer Pricing Arm's Length Comparability Analysis?" (World Tax Journal, vol. 7, n.1, p.99-167).

PICHHADZE, A. (2015b) "The Arm's Length Comparable in Transfer Pricing: A Search for an 'Actual' or a 'Hypothetical' Transaction?" (World Tax Journal, vol. 7, n.3, p.383-415).

PIJL, H. (2006) "The OECD Commentary as a Source of International Law and the Role of the Judiciary" (European Taxation, vol.46, n.5), p.216-224.

POGOLEROVA, L. (2009) "Transfer Pricing and Anti-abuse Rules" (Intertax, vol.37, n.12, p.683-693).

POGOLEROVA, L. (2015) "Transfer-Pricing and Game Theory" (Intertax, vol.43, n.5, p. 395-404).

QUEK, H.L. (2011) "Economic Substance in US Transfer Pricing Rules and the Regulation of Taxpayer Behavior" (Tax Notes International, vol.61, n.4, p.311-321).

QUINTAS BERMÚDEZ, J. (1983) "Las relaciones intragrupo en el Impuesto sobre Sociedades" (Revista de Derecho Financiero y Hacienda Pública, n.166-167, p.995-1020).

- RADAELLI, C. (1998) "Game Theory and Institutional Entrepreneurship: Transfer Pricing and the Search for Coordination in International Tax Policy" (Policy Studies Journal, vol.26, n.4, p.603-619).
- RASCH, M. (2015) "Luxembourg. Transfer Pricing" (IBFD Database).
- RASCH, M.; WROBLESKI, P. (2015) "Impact of New Transfer Pricing Requirements" (International Transfer Pricing Journal, vol.22, n.3, p.186-191).
- RAUNIO, M. (2015) "Landmark Case on the Ability of Tax Authorities To Disregard and Recharacterize Transactions" (International Transfer Pricing Journal, vol.22, n.1, p.28-32).
- RAVENTÓS CALVO, S. (2009) "Los precios de transferencia en el ámbito interno. Un disparate innecesario" (CEF Revista de contabilidad y tributación, n.320, p.41-46).
- ROBERGE, C. (2013) "Transfer pricing in the Pharmaceutical Industry: the Remuneration of Marketing Intangibles" (International Transfer Pricing Journal, vol.20, n.4, p.212-237).
- ROBERTSON, S.R. (1996) "Transfer Pricing Solutions in the Global Economy" (Annual Survey of International and Comparative Law, vol.3, p.177-192).
- ROBILLARD, R. (2015a) "BEPS: Is the OECD Now at the Gates of Global Formulary Apportionment?" (Intertax, vol.43, n.6 & 7, p.447-453).
- ROBILLARD, R. (2015b) "BEPS-flavored Cost Contribution Agreements Leave a Sour Aftertaste" (Tax Notes International, vol.78, n.12, p.1115-1119).
- RODRÍGUEZ-BEREIJO LEÓN, M. (2011) "Operaciones vinculadas y precios de transferencia: entre la obligación de documentación y el juego de la carga de la prueba" (Civitas. Revista Española de Derecho Financiero, n.151, p.977-1006).
- RÖDER, E. (2012) "Proposal for an Enhanced CCTB as Alternative to a CCCTB with Formulary Apportionment" (World Tax Journal, vol.4, n.2, p. 125-150).
- ROSEMBLOOM, D. (2005) "Angels on a Pin: Arm's Length in the World" (<http://www.lawprofessorblogs.com/taxprof/linkdocs/ROSEMBLOOM.pdf>, último acceso a 15 de marzo de 2016).
- ROSENZWEIG, A.H. (2015) "Defining a Country's "Fair Share" of Taxes" (Florida State University Law Review, vol.42, p.373-425).
- RUST, A. (2003) "The New Approach to Qualification Conflicts has its Limits" (Bulletin for International Fiscal Documentation, vol.57, n.2, p.45-50).
- RYBNIK, D. (2008) "Substance vs. Form in Transfer Pricing" (Tax Notes International, vol.52, n.2, p.149-150).
- SADIQ, K. (2004a) "The Fundamental Failing of the Traditional Transfer Pricing Regime – Applying the Arm's Length Standard to Multinational Banks based on a Comparability Analysis" (Bulletin for International Taxation, vol.58, n.2, p.67-81).

SADIQ, K. (2004b) "The Traditional Rationale of the Arm's Length Approach to Transfer Pricing - should the Separate Accounting Model be Maintained for Modern Multinational Entities?" (Australian Taxation, vol.7, p.196-250).

SAMUELSEN, J. et al. (2015) "Norway. Tax Authorities may use Secret Comparables" (Transfer Pricing International Journal, vol.16, n.6, 2 p.).

SANZ GADEA, E. (2009) "Las operaciones vinculadas: prevalencia del fondo sobre la forma" (Fundación para la Promoción de los Estudios Financieros, http://www.fundef.org/diapo54/s54_03.pdf, último acceso a 15 de marzo de 2016).

SARSON, T.; BOYLE, A.; LARKIN, A. (2012) "Transfer Pricing, Management KPIs and Organisational Behaviour. Bringing Operating Models to Life" (Transfer Pricing International Journal, vol.13, n.8, p.4-6).

SCHATAN, R. (2009) "Transfer Pricing Practice in Times of Recession" (International Transfer Pricing Journal, vol.17, n.1, p.63-64).

SCHNORBERGER, S. (2015) "Germany's Highest Tax Court and the Fundamentals Of Arm's-Length Analysis in a Treaty Context" (Tax Management Transfer Pricing Report, vol.24, n.6, 3 p.).

SCHÖN, W. (2010) "International Tax Coordination for a Second-Best World (part III)" (World Tax Journal, vol.2, n.3, p.227-261).

SCHÖN, W. (2011a) "Transfer Pricing, the Arm's Length Standard and European Union Law" (<http://ssrn.com/abstract=1930237>, último acceso a 15 de marzo de 2016).

SCHÖN, W. (2011b) "Der Fremdvergleich, der Europäische Gerichtshof und die 'Theory of the Firm'" (Internationales Steuerrecht, vol.20, n.20, p.777-782).

SCHÖN, W. (2014) "International Taxation of Risk" (Bulletin for International Taxation, vol.68, n.6/7, p. 280-294).

SCHOUERI, L.E. (2014a) "Presunções jurídicas, arm's length e o conceito de custo para fins de preços de transferencia" (Direito Tributario Atual, n.31, p.96-116).

SCHOUERI, L.E. (2014b) "Tax Treaty Override: a Jurisdiction Approach" (Intertax, vol.42, n.11, p.682-694).

SCHOUERI, L.E. (2015) "Arm's Length: Beyond the Guidelines of the OECD" (Bulletin for International Taxation, n.12, p.690-716)

SCHWEMIN, N. (2014) "Practical Analysis of the Report on Compensating Adjustments in Transfer Pricing" (Tax Notes International, vol.75, n.13, p.1155-1161).

SHAY, S.; FLEMING, C.; PERONI, R. (2009) "Worse than Exemption" (Emory Law Journal, vol.59 n.126, p.79-150).

SHERWOOD, S.; JANGER, S.; BITLER, R. (1992) "A Periodic Adjustment to the Arm's Length Standard. The New Proposed US Regulations on Transfer Pricing" (Tax Planning International Review, vol.19, n.4, p. 3-14).

SILBERZTEIN, C. (2011b) "Transfer Pricing Aspects of Intangibles: the OECD project" (Transfer Pricing International Journal, vol.12, n.8, p. 4-8).

SILBERZTEIN, C.; BENNET, M.; LEMEIN, G. (2013a) "The OECD Discussion Draft on the Transfer Pricing of Intangibles (revision of chapter VI of the OECD Transfer Pricing Guidelines) - Main Comments" (Intertax, vol.41, n.2, p.60-65).

SILBERZTEIN, C.; BENNET, M.; LEMEIN, G. (2013b) "The OECD Discussion Draft on the Transfer Pricing of Intangibles (revision of chapter VI of the OECD Transfer Pricing Guidelines) - detailed comments" (Intertax, vol.41, n.2, p.66-81).

SILVA, E.A. (2015) "'Pygmalion' Comparables: Why Data from the 'Center' Does Not Apply for the 'Periphery'" (Tax Management Transfer Pricing Report, vol.23, n.22, p.1465-1470).

SKINNER, W. (2005) "The Future of IRC §482 as a Substance-over-Form Provision" (Stanford Journal of Law, Business and Finance, vol.11, p.174-200).

SNOWDON, C. (2009) "Battered and Bruised but Still standing" (International tax review, September, p. 12-14).

SPORKEN, E.; AALVIK, H. (2006) "Evidence of Economic Substance is Key to Transfer Pricing Case" (International Tax Review, vol.17, n.4, p.39-42).

SPORKEN, E.; BROUWERS, D.; DE LOOZE, R. (2010) "OECD Report on Business Restructuring: Dutch Transfer Pricing Perspective" (International Transfer Pricing Journal, vol.17, n.6, p.425-429).

SPORKEN, E.; VISSER (2015) "BEPS Guidance on Transfer Pricing Aspects of Intangibles and the Need for Substance and Transfer Pricing Documentation" (International Transfer Pricing Journal, vol.22, n.1, p.11-17).

STARKOV, V.; GONNET, S.; PLETZ, A.; MAITRA, M. (2014) "Comparability adjustments: In the Absence of Suitable Local Comparables in Emerging and Developing Economies – Case Studies" (Transfer Pricing International Journal, vol.15, n.3, p.12-16).

SURREY, S. (1968) "Treasury's Need to Curb Tax Avoidance in Foreign Business through Use of 482" (The Journal of Taxation, vol.28, p.75).

THOMAS, C. (1996) "Customary International Law and State Taxation of Corporate Income. The Case of the Separate Accounting Method" (Berkeley Journal of International Law, vol.14, p.99-136).

THOMPSON, T. (1998) "Canada's Transfer Pricing Laws: Keeping Pace with an International Trend" (The Transnational Lawyer, vol. 11, p.311-359).

TING, A. (2014) "iTax - Apple's International Structure and the Double Non-taxation Issue" (British Tax Review, n.1, p.40-71).

TOBIN, J (2009) "The OECD Restructuring Report: OECD and Judge Learned Hand Agree on Something" (Tax management international journal, p.111-113).

TOLIA, S.; NANAVATI, V. (2010) "India: Business Restructurings" (Transfer Pricing International Journal, vol.11, n.11, p.16-18).

TORRES, R. L. (1999) "O principio arm's length, os preços de transferencia e a teoria da interpretação do direito tributario" (Revista Dialética de Direito Tributario, nº48, septiembre, p.122-135).

TREMBLAY, R.G. (2011) "Canadian TP - The Arms length principle - Filling in the Blanks - Does an Arm's Length Price ever Differ from Fair Market Value?" (Tax Management International Journal, p.599-608).

UNGERMAN, J.O. (1989) "The White Paper. The Stealth Bomber of the Section 482 Arsenal" (Southwestern Law Journal, vol.42, p.1107-1134).

VAN BRUNSCHOT, J. (2005) "The Judiciary and the OECD Model Tax Convention and its Commentaries" (Bulletin - Tax Treaty Monitor, vol.59, n.1, p.5-11).

VAN DER BREGGEN, M. (2006) "Intercompany Loans: observations from a Transfer Pricing Perspective" (International Transfer Pricing Journal, vol.13, n.6, p.295-299).

VAN DER MEER-KOOISTRA, J. (2004) "A Model for Making Qualitative Transfer Pricing Adjustments" (International Transfer Pricing Journal, vol.11, n.5, p.190-195).

VAN WIJK, S.; KALRA, P.; WILPITZ, J. (2012) "Towards a New OECD Valuation Standard for Intangibles?" (Transfer Pricing International Journal, vol.13, n.9, p. 4-9).

VANN, R. (2010) "Taxing International Business Income: Hard Boiled Wonderland and the End of the World" (World Tax Journal, vol.2, n.3, p.291-346).

VEGA, A. (2011) "¿Es obligatorio interpretar la normativa española de origen interno sobre precios de transferencia según las directrices de la OCDE? (Crónica Tributaria: Boletín de Actualidad 4/2011).

VEGA, A. (2012) "International Governance through Soft Law: The Case of the OECD Transfer Pricing Guidelines" (Max Planck Institute for Tax Law and Public Finance Working Paper 2012 – 05, <http://ssrn.com/abstract=2100341>, último acceso a 15 de marzo de 2016).

VERLINDEN, I.; DYKES, I. (2010) "Final OECD Guidelines on Restructurings. A precious balance" (Tax Management Transfer Pricing Report, vol.19, n.8, p.521-525).

VERLINDEN, I. et al. (2015) "OECD BEPS Action 9: Evaluating the Devaluation of Risk and Capital" (Tax Management Transfer Pricing Report, vol.24, n.9, 13 p.)

VINCENT, F.; LUQUET, P. (2015) "Risk, Recharacterization— and a Tsunami of Double Tax Cases" (Tax Management Transfer Pricing Report, vol.23, n.22, p.1474-1478).

VOGEL, K. (2000) "The Influence of the OECD Commentaries on Treaty Interpretation" (Bulletin - Tax Treaty Monitor, vol.51, n.12, p.612-616).

VOGEL, K. (2003) "Conflicts of Qualification. The Discussion is not Finished" (Bulletin for International Fiscal Documentation, vol.57, n.2, p.41-44).

VÖGELE, A. et al. (2008) "Transfer Prices Determined by Game Theory: 3 - application to the Banking Industry" (Tax Planning International Transfer Pricing, vol.9, n.12, p.22-24).

- VÖGELE, A.; DE HOMONT, P. (2014) "Annual Review: Germany" (Transfer Pricing International Journal., vol.15, n.1, p. 26-27).
- VROEMEN, E. (2015) "BEPS. How to Respond to the Transfer Pricing Actions?" (Transfer Pricing International Journal, vol.16, n.4, 8 p.).
- WAGH, S. (2015) "Transfer Pricing Aspects of Marketing Intangibles: An Indian Perspective" (Bulletin for International Taxation, vol.69, n.9, p.520-530).
- WANG, J. (2013) "Business Restructurings: A Case Analysis and Regulations Applicable to Business Restructurings" (International Transfer Pricing Journal, vol.20, n.5, p. 317-323).
- WARD, D. (2006) "The Role of the Commentaries on the OECD Model in the Tax Treaty Interpretation Process" (Bulletin for International Taxation, vol.60, n.3, p.97-102).
- WEISS, M. (2016) "The Impact of Article 9 of the OECD Model on German Taxation" (European Taxation, n.2/3, p.51-57).
- WELLS, B.; LOWELL, C. (2014) "Tax Base Erosion: Reformation of Section 482's Arm's Length Standard" (Florida Tax Review, vol.15, n.10, p.737-797).
- WICKHAM; KERESTER (1992) "New Directions Needed for Solution of the Transfer Pricing Tax Puzzle" (Tax Notes International, vol.5, n.8, p.399-425).
- WILKIE, J.S. (2000) "Canada Update: Transfer Pricing Guidelines" (International Transfer Pricing Journal, vol.7, n.3, p.74-83).
- WILKIE, J.S.; SAMTANI, P. (2014) "Canada. Transfer Pricing" (IBFD Database).
- WILSON, J. (2014) "The Marzen Decision - a Typical Example of BEPS" (Transfer Pricing International Journal, vol.15, n.10, 3 p.)
- WITTENDORFF, J. (2009) "The Transactional Ghost of Article 9(1) of the OECD Model" (Bulletin for International Taxation, vol.63, n.3, p.107-130).
- WITTENDORFF, J. (2010b) "The Object of Art. 9(1) of the OECD Model Convention: Commercial or Financial Relations" (International Transfer Pricing Journal, vol.17, n.3, p.200-212).
- WITTENDORFF, J. (2011) "The Arm's-Length Principle and Fair Value. Identical Twins or Just Close Relatives?" (Tax Notes International, vol.62, n.3, p.223-249).
- WITTENDORFF, J. (2012a) "'Shadowlands': the OECD on Intangibles" (Tax Notes International, vol.67, n.10, p.935-952).
- WITTENDORFF, J. (2012b) "Transfer Pricing Timing Issues Revisited" (Tax Notes International, vol.68, n.1, p. 87-94).
- WITTENDORFF, J. (2013) "OECD Revised Discussion Draft on Intangibles - a Step in the Right Direction" (Tax Notes International, vol.71, n.14, p.1325-1334).
- WITTENDORFF, J. (2015a) "More Black Smoke From the OECD's Chimney — Third Draft on Intangibles" (Tax Notes International, vol.77, n.2, p. 167-173).

WITTENDORFF, J. (2015b) "A Look at Cost Sharing in the OECD Discussion Draft" (Tax Notes International, vol. 78, n.12, p.1121-1124).

WITTENDORFF, J. (2016) "BEPS Actions 8-10: Birth of a New Arm's-Length Principle" (Tax Notes International, vol.81, n.4, p.331-358).

WOLOSOFF, T.; POWELL, J. (2011) "How to Manage Risks in Transfer Pricing Controversy" (International Tax Review, vol.21, p.71-74).

WRIGHT, D. (2007) "Arm's Length Principle Improperly Used to Address Restructurings, Practitioners Say" (Tax Management Transfer Pricing Report, p.526).

WRIGHT, D. (2008) "Transfer Pricing Rules for Transactions Involving Low-tax Countries" (International Transfer Pricing Journal, n.1, p.50-55).

WRIGHT, D.; KEATES, H. (2009) "Comments on the OECD Discussion Draft on Transfer Pricing Aspects of Business Restructurings" (International Transfer Pricing Journal, n.2, p.115-122).

YUAN, J.; LIU, R.; CHAN, H. (2015) "Profit splits in the Context of Global Value Chain and its Impact from Greater China and Hong Kong's Perspective" (Transfer Pricing International Journal, vol.16, n.3, 9 p.).

YUESHENG, J. "Value Creation Theory of the BEPS Report and China's Reasonable Share in Global Value Allocation" (International Transfer Pricing Journal, vol.22, n.4, p.223-229)

ZORNOZA PÉREZ, J.J. (1993) "Determinación de los precios de transferencia en ausencia de precios de mercado comparables" (Crónica Tributaria, n.67, p.123-136).

ZORNOZA PÉREZ, J.J. (2010) "La problemática expansión del Soft Law: un análisis desde el derecho tributario" (Revista de Tributación. Asociación Argentina de Estudios Fiscales, n.30, p.51-75).

ZORNOZA PÉREZ, J.J.; BÁEZ MORENO, A. (2010) "The 2003 Revisions to the Commentary to the OECD Model on Tax Treaties and GAARs: a Mistaken Starting Point" (Cuadernos de Derecho Transnacional, vol.2, n.1, p. 288-306).

2. Jurisprudencia citada (orden ascendiente por fecha).

2.1. Alemania.

- Bundesfinanzhof, 12 marzo 1980, I R 186/76.
- Bundesfinanzhof, 21 enero de 1981, I R 153/77.
- Bundesfinanzhof, 17 de octubre de 2001, I R 103/00.
- Bundesfinanzhof, 11 octubre 2012, I R 75/11.
- Bundesfinanzhof, 17 diciembre 2014, I R 23/13.

2.2 Argentina.

- Litoral Gas S.A. c. DGI, 17 abril 2008, Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal, Sección II.

2.3 Australia.

- Daihatsu Australia Pty Ltd v. Commissioner of Taxation (2001) FCA 588 (Tribunal Federal).
- Roche Products Pty Ltd v Commissioner of Taxation (2008) AATA 639 (Tribunal Administrativo de Apelaciones).
- W R Carpenter Holdings Pty Ltd v. Commissioner of Taxation (2008) HCA 33 (Tribunal Supremo).
- SNF Australia Pty Ltd v. Commissioner of Taxation, (2011) FCFCA 74 (Tribunal Federal).
- Chevron Australia Holdings Pty Ltd v Commissioner of Taxation (2015) FCA 1092 (Tribunal Federal).

2.4 Canada.

- Gabco Limited v. Minister of National Revenue (1968) 68 DTC 5210 (Tribunal Supremo).
- Indalex Ltd. v. The Queen (1986) 1 CTC 219 (FCTD), rev'd (1988) 1 CTC 60 (FCA) (Tribunal Federal de Apelaciones).
- Shell Canada v. The Queen (1999) 3 SCR 622 (Tribunal Supremo).
- Smithkline Beecham Animal Health Inc v. The Queen, Federal Court of Appeal, Canada (2002) FCA 229 (Tribunal Federal de Apelaciones).
- Alberta Printed Circuits Ltd. v. Canada, (2011) TCC 305 (Tribunal Fiscal).
- The Queen v. General Capital Canada Inc. (2010) FCA 344 (Tribunal Federal de Apelaciones).
- GlaxoSmithKline Inc. v. Canada, (2008) TCC 324, (2010) FCA 201, (2012) SCC 52 (Tribunal Supremo)
- McKesson Canada Corporation (2014) TCC 266 (Tribunal Fiscal).
- Marzen Artistic Aluminum Ltd. v. The Queen (2014) TCC 194 (Tribunal Fiscal).

2.5 Dinamarca.

- Ejendoms- og Investeringselskab, TfS 1999.950 (Tribunal Supremo).

2.6 España.

2.6.1. Tribunal Constitucional.

- STC 36/1981, de 12 de noviembre.
- STC 150/1990, de 4 de octubre.

- STC 90/2009, de 20 de abril.
- STC 31/2010, de 28 de junio.

2.6.2. Tribunal Supremo.

- STS 10 enero 2007, rec.375/2001, caso Productos Roche.
- STS 1 julio 2009, rec.3423/2003, caso Promotorauno.
- STS 8 febrero 2010, rec.4235/2006, caso Alimentación Import Export.
- STS 22 febrero 2010, rec.1082/2005, caso Asebur Inversiones.
- STS 4 octubre 2010, rec.4954/2005, caso Matsushita Electric España.
- STS 9 diciembre 2011, rec.3586/2009, caso Esmalglass.
- STS 12 enero 2012, rec.1626/2008, caso Roche.
- STS 9 de mayo de 2012, rec.3800/2008 y 5 de noviembre de 2012, rec.1805/2009 caso Dow Chemical Ibérica.
- STS 18 julio 2012, rec.3779/2009, caso BICC.
- STS 11 marzo 2013, rec.3854/2010, caso Cita tabacos de Canarias.
- STS 13 junio 2013, rec.287/2010, caso Goxens-Oil.
- STS 18 julio 2013, rec.5799/2010, caso YPF.
- STS 27 mayo 2014, rec.8/2009, caso Consejo Superior de Colegios Oficiales de Titulares Mercantiles de España.

2.6.3. Audiencia Nacional.

- SAN 10 noviembre 2006. rec. 165/2004, caso Valín Agraria.
- SAN 3 octubre 2007, rec.449/2004, caso La Pomarada del Conde.
- SAN 24 enero 2008, rec.894/2004, caso Roche.
- SAN 23 de octubre de 2008, rec.522/2005, caso Omron Electronics Iberia.
- SAN 13 de noviembre de 2008, rec.367/2005, caso Dow Chemical Ibérica.
- SAN 27 noviembre 2008, rec.358/2005, caso Compañía española para la fabricación mecánica de vidrio.
- SAN 30 abril 2009, rec.638/2005, caso Esmalglass
- SAN 21 mayo 2009, rec.416/2005, caso BICC.
- SAN 21 septiembre 2009, rec.210/2006, caso Lafarge Asland I.
- SAN 22 julio 2010, rec.452/2007, caso YPF.
- SAN 12 mayo 2011, rec.153/2008, caso Ecolojeans.
- SAN 30 de junio de 2011, rec.377/2008, caso Salud laboral 3000.
- SAN 7 diciembre 2011 (rec.446/2008), caso Lafarge Asland II.
- SAN 19 de enero 2012, rec.111/09-112/09, Shell España.
- SAN 31 octubre 2012, rec. 55/2010, caso Hormigones y Morteros Preparados.
- SAN 7 febrero 2013, rec.172/2010, caso IFF Latin American Holdings España.
- SAN 20 marzo 2014, rec.215/2011, caso Conservas y frigoríficos del Morrazo.
- SAN 12 mayo 2014, rec.305/2011, caso WPP Marketing Communications Spain.
- SAN 11 diciembre 2014, rec.317/2011, caso Peugeot.
- SAN 16 julio 2015, rec.267/2012, caso Citresa

2.6.4. Tribunal Económico Administrativo Central.

- Res. TEAC 3 de octubre 2013.
- Res. TEAC 5 noviembre 2015.
- Res. TEAC 8 enero 2015.

2.7 Estados Unidos.

2.7.1. Tribunal Supremo.

- Gregory v. Helvering, 293 US 465 (1935).
- Commissioner v. First Security Bank of Utah, 405 US 394 (1972).
- Commissioner v. National Alfalfa Dehydrating & Milling Co., 417 US 134 (1974).

2.7.2. Circuito de Apelaciones.

- Asiatic Petroleum Co. (Delaware) Ltd. v. Commissioner, Ltd., 31 BTA. 1152 (2nd Cir. 1935).
- Tennessee-Arkansas Gravel Co. v. Commissioner, 112 F.2d 508 (6th Cir. 1940).
- G.U.R. Co. v. Commissioner 117 Fed. (2d) 187, affirming 41 BTA 223 (7th Cir. 1941).
- Hypotheek Land Co. v. Commissioner, 200 F.2d 390 (9th Cir. 1952).
- Simon J. Murphy Company and Social Research Foundation, inc., Petitioners, v. Commissioner, 231 F.2d 639 (6th Cir. 1956).
- Raymond Pearson Motor Company and Raymond Pearson, Inc. v. Commissioner, 246 F.2d 509 (5th Cir. 1957).
- Lufkin Foundry & Machine Co. v. Commissioner 468 F.2d 805 (2nd Cir. 1972).
- U.S. Steel Corp. v. Commissioner of Internal Revenue, 617 F.2d 942 (2nd Cir. 1980).
- Eli Lilly & Co. v. Comm'r 84 TC 101 (1986) aff'd in part 856 F.2d 855 (7th Cir. 1988).
- Yosha v. Commissioner, 861 F.2d 494 (7th Cir. 1988).
- Bausch & Lomb, Inc. v. Commissioner, 933 F.2d 1984 (2nd Cir. 1991).
- DHL Corporation v. Commissioner, 285 F.3d 120, 1217 (9th Cir. 2002).
- Xilinx, Inc. v. Commissioner, 567 F.3d 482 (9th Cir. 2009).
- Xilinx, Inc. v. Commissioner, 598 F.3d 1191 (9th Cir. 2010).

2.7.3. Tribunal Fiscal / Junta de Apelaciones Fiscales.

- Briggs-Killian Corp., 40 BTA 895 (1939).
- Koppers Company v. Commissioner, 2 TC 152 (1943).
- Essex Broadcasters, Inc., 2 TC 523 (1943).
- Seminole Flavor Co. v. Commissioner 4 TC 1215 (1945).
- Buffalo Meter Co., 10 TC 83 (1948).
- Cedar Valley Distillery, Inc., 16 TC 870 (1951).
- Texsum Supply Corp., 17 TC 433 (1951).
- Palm Beach Aero Corp., 17 TC 1169 (1952).

- Friedlander Corp., 25 TC 70 (1955).
- San Diego Transit-Mixed Concrete Co. v. Commissioner, 21 TCM (CCH) 743, 748 (1962).
- R.T. French Co. v. Commissioner, 60 TC 836 (1973).
- Hospital Corporation of America v. Comm'r 81 TC 520 (1983).
- Glass v. Commissioner, 87 TC 1087 (1986).
- G.D. Searle & Co. v. Commissioner 88 TC 252 (1987).
- Sundstrand Corporation and Subsidiaries v. Commissioner of Internal Revenue, 96 TC 226 (1991).
- Canterbury v. Commissioner, 99 TC 223 (1992).
- Westreco, Inc. v. Commissioner, 64 TCM 849 (1992).
- Perkin-Elmer Corporation v. Commissioner, 66 TCM 634 (1993).
- Seagate Technology, Inc. v. Commissioner, 102 TC 149 (1994).
- Seagate Technology, Inc. v. Commissioner, 80 TCM (CCH) 912 (2000).
- Claymont Investments v. Commissioner, 90 TCM (CCH) 462 (2005).
- Xilinx, Inc. v. Commissioner, 125 TC 4 (2005).
- Altera Corp. v. Commissioner, 145 TC 3 (2015).

2.7.4. Tribunal de Distrito.

- Epsen Lithographers v. O'Malley, District Court of Nebraska, 67 F.Supp. 181, 190-191 (1946).

2.8 Finlandia.

- Korkein Hallinto-Oikeus KHO 2014:119 (Tribunal Supremo Administrativo).

2.9 Francia.

- CAA 5 febrero 2013, Nestlé Finance International, 10PA02914 y 12PA00468 (Tribunal Administrativo de Apelación).
- CAA 20 mayo 2009, SA Fiat France, 07VE02836 (Tribunal Administrativo de Apelación).

2.10 India.

- Shell India Markets Private Limited v. Assistant Commissioner of Income Tax (ITA 1205/2013) (Alto Tribunal de Bombay).
- Sony Ericsson Mobile Communication India Pvt. Ltd v. CIT (ITA 16/2014) (Alto Tribunal de Delhi).
- BMW India Private Limited v. ACIT (2014) 146 ITD 165 (Alto Tribunal de Delhi).
- LG Electronics India Private Limited v. ACIT (2014) 52 ITD 240 (Alto Tribunal de Delhi).

- Vodafone India Services Private Limited v. UOI (2014) 368 ITR 1 (Alto Tribunal de Bomay).
- Bausch & Lomb Eyecare v. ACIT (2015) ITA Nos. 643,675-77/2014 and 165, 166/2015 (Alto Tribunal de Delhi).
- Honda Siel Power Products v. ACIT (2015) ITA 346/2015 (Alto Tribunal de Delhi).
- Maruti Suzuki India v. ACIT (2015) ITA Nos.110/2014 & 710/2015 (Alto Tribunal de Delhi).
- Whirlpool of India v. ACIT (2015) ITA Nos. 610/2014 and 228/2015 (Alto Tribunal de Delhi).

2.11 Italia.

- Corte di Cassazione, sentencia de 23 octubre 2013, 24005 (Corte de casación).

2.12 México.

- Caso Unefón, 16 abril 2013, Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa, México.

2.13 Noruega.

- Rt. 1936/833, Allers (Tribunal Supremo).
- LE-1990-574, ConocoNorway (Tribunal de Apelaciones Eidsivating).
- Utv. 2000/1316. City Court: Fina Exploration (Juzgados de Oslo).
- Rt. 2001/1265, Agip (Tribunal Supremo).
- Utv. 2003/531 Court of Appeals: Fina Exploration (Tribunal de Apelaciones Bogarting).
- Utv. 2010/199, ConocoPhilips (Tribunal de Apelaciones Borgarting).

2.14 Países Bajos.

- Rechtbank Breda, 26 Mar. 2007, AWB 05/1352 y 05/1325 (Tribunal de Primera Instancia de Breda).
- Hoge Raad, n.08/05323, n.10/05161, n.10/04588 (Tribunal Supremo).
- Hoge Raad, 43849, VN 2008/23.14 (Tribunal Supremo).

2.15 Reino Unido.

- Robin Ray v Classic FM [1998] EWHC Patents 333 (UK) (Alto Tribunal de Justicia).
- DSG Retail Ltd and others v HMRC (Comisionado Especial).

2.16 Suecia.

- RÅ 1979 1:98, Findus (Tribunal Supremo Administrativo).
- RÅ 1991 Ref 107, Svenska Shell (Tribunal Supremo Administrativo).

3. Documentos oficiales.

3.1 Organización para el Cooperación y el Desarrollo Económico / Organization for Economic Co-operation and Development.

- OECD 1963 Draft Double Taxation Convention on Income and Capital.
- OECD 1979 Transfer Pricing and Multinational Enterprises.
- OECD 1984 Transfer Pricing and Multinational Enterprises. Three Taxation Issues.
- OECD 1987 Thin Capitalization.
- OECD 1993 OECD 1993 Tax Aspects of Transfer Pricing Within Multinational Enterprises. The United States Proposed Regulations.
- OECD 2008 Transfer Pricing Aspects of Business Restructurings. Discussion Draft.
- OECD 2008 Report on The Attribution of Profits to Permanent Establishments.
- OCDE 2011 Legislación en materia de precios de transferencia - propuesta de enfoque.
- OECD 2012 Hybrid Mismatch Arrangements: Tax Policy and Compliance Issues.
- OECD 2012 Discussion Draft. Revision of the Special Considerations for Intangibles.
- OECD 2013 Action Plan on Base Erosion and Profit Shifting.
- OECD 2013 Addressing Base Erosion and Profit Shifting.
- OECD 2013 Revised Discussion Draft on Transfer Pricing Aspects of Intangibles.
- OECD 2013 Rules of Procedure of the Organisation.
- OECD 2014 BEPS Action 1. Addressing the Tax Challenges of the Digital Economy
- OECD 2014 BEPS Action 6. Preventing the Granting of Treaty Benefits in Inappropriate Circumstances.
- OECD 2014 BEPS Action 10, Profit Splits in the Context of Global Value Chains
- OECD 2014 BEPS Action 8 Deliverable. Guidance on Transfer Pricing Aspects of Intangibles.
- OECD 2014 BEPS Action 10 Draft on the use of Profit Splits in the Context of Global Value Chains.
- OECD 2014 BEPS Actions 8, 9 And 10. Draft on Revisions to Chapter I of the Transfer Pricing Guidelines (Including Risk, Recharacterisation, And Special Measures).
- OECD 2014 Model Tax Convention on Income and on Capital. Condensed Version

- OECD 2014 Guidance on Transfer Pricing Documentation and Country-By-Country Reporting.
- OECD 2015 Action 13: Guidance on the Implementation of Transfer Pricing Documentation and Country-By-Country Reporting.
- OECD 2015 Action 8: Hard-To-Value Intangibles.
- OECD 2015 Aligning Transfer Pricing Outcomes with Value Creation, Actions 8-10 – 2015 Final Reports.

3.2 Liga de las Naciones / League of Nations.

- Fiscal Committee 1933 Draft Convention for the Allocation of Business Income Between States for the Purposes of Taxation.
- League's Committee of Technical Experts 1927 Report on Double Taxation and Tax Evasion.
- Fiscal Committee 1946 London Model Tax Convention.
- Fiscal Committee 1943 Mexico Model Tax Convention.

3.3 Naciones Unidas / United Nations.

- UN 2011 Model Double Taxation Convention between Developed and Developing Countries.
- UN 2013 Practical Manual on Transfer Pricing for Developing Countries.

3.4 Estados Unidos.

- IRS 1988 White Paper on Intercompany Pricing.
- US Staff of Joint Comm. on taxation 1987 General Explanation of the Tax Reform act of 1986.
- Technical Explanation to the US Model Tax Convention.

4. Boletines informativos.

- PWC 2013 Sixth method raises transfer pricing concerns in developing countries.
(<https://www.pwc.com/gx/en/tax/newsletters/pricing-knowledge-network/assets/pwc-global-sixth-method-developing-countries.pdf>, último acceso a 15 de marzo de 2016).
- DELOITTE 2014 Canada Revenue Agency successful in significant transfer pricing case.
(https://www2.deloitte.com/content/dam/Deloitte/kr/Documents/tax/tax-newsletter/2014/kr_tax_global-tax-alerts_canada_20140129.pdf, último acceso a 15 de marzo de 2016).
- EY 2014 TCC dismisses appeal on transfer pricing reassessment of 2003 factoring transactions.

- ([http://www.ey.com/Publication/vwLUAssets/Tax_Alert_2014_No_01/\\$FILE/TaxAlert2014No01.pdf](http://www.ey.com/Publication/vwLUAssets/Tax_Alert_2014_No_01/$FILE/TaxAlert2014No01.pdf), último acceso a 15 de marzo de 2016).
- KPMG 2014 Global Transfer Pricing Review.
(<https://www.kpmg.com/Global/en/IssuesAndInsights/ArticlesPublications/global-transfer-pricing-review/Documents/gtpr-2014-full-report.pdf>, último acceso a 15 de marzo de 2016)..
 - PWC 2014 Australia. ATO issues draft ruling on reconstruction of transactions.
(<https://www.pwc.com/gx/en/tax/newsletters/pricing-knowledge-network/assets/pwc-australia-ato-ruling-reconstruction-transactions.pdf>, último acceso a 15 de marzo de 2016).
 - DELOITTE 2015 The new transfer pricing landscape. A practical guide to the BEPS changes.
(<https://www2.deloitte.com/content/dam/Deloitte/global/Documents/Tax/dttl-tax-new-transfer-pricing-landscape-practical-guide-to-beps-changes-secure.pdf>, último acceso a 15 de marzo de 2016).
 - KPMG 2015 Norway - Tax authorities may use 'secret comparables'.
(<https://home.kpmg.com/xx/en/home/insights/2015/04/tnf-norway-secret-comparables.html>, último acceso a 15 de marzo de 2016).
 - PWC 2015 Turkey: the use of secret comparable data is held to conflict with precedent of the European Court of Human Rights.
(<https://www.pwc.com/gx/en/tax/newsletters/tax-controversy-dispute-resolution/assets/pwc-turkey-secret-comparables-data.pdf>, último acceso a 15 de marzo de 2016).

ABREVIATURAS.

ALP - Arm's Length Principle.

AStG - Außensteuergesetz.

ATO - Australian Tax Office.

ATO - Australian Tax Office.

BEPS - Base Erosion and Profit Shifting.

BFH - Bundesfinanzhof.

C+ - Cost Plus.

Cfr. - Comparar.

CMCOCDE14 - Comentarios al Modelo de Convenio OCDE, versión de 2014.

CMCONU - Comentarios al Modelo de Convenio de la Organización de Naciones Unidas.

CPM - Comparable Profits Method.

CUP - Comparable Uncontrolled Profits.

CWI - Commensurate With Income.

CWI - Commensurate With Income.

EE.UU. - Estados Unidos.

et al. - Y otros.

et seq. - Y siguientes.

IEF - Instituto de Estudios Fiscales.

IRC - Internal Revenue Code.

IRS - Internal Revenue Service.

ITA - Income Tax Act (Canadá).

ITAA 1997 - Income Tax Assessment Act, 1997 (Australia).

KStG - Körperschaftsteuergesetz.

LGT - Ley General Tributaria.

LIS - Ley 27/2014 del Impuesto sobre Sociedades.

m.no. - Marginal número.

MCOCDE14 - Modelo de Convenio OCDE, versión de 2014.

MCONU - Modelo de Convenio de la Organización de Naciones Unidas.

MNE - Multinational Enterprise.

n. - Número.

OCDE - Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico.

OECD - Organization for Economic Co-operation and Development.

p. - Página.

par. - Paragraph.

Res. - Resolución.

RIS - Real Decreto 634/2015 del Impuesto sobre Sociedades.

RPM - Resale Price Method.

SAN - Sentencia de la Audiencia Nacional.

Sec. - Sección.

STS - Sentencia del Tribunal Supremo.

TEAC - Tribunal Económico Administrativo Central.

TNMM - Transactional Net Margin Method.

TPG - Transfer Pricing Guidelines, versión de 2010.

TPG95 - Transfer Pricing Guidelines, versión de 1995.

TR - Tax Ruling.

Treas. Regs. - Treasury Regulations.

TRLIS04 - Real Decreto Legislativo 4/2004 por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Impuesto sobre Sociedades

UN - United Nations.

UN-PMTP - United Nations, Practical Manual on Transfer Pricing.

Vol. - Volumen.

